J. germ. 42 c

BIBLIOTECA
REGIA
MONACENSIS.

<36602168980013

<36602168980013

Bayer. Staatsbibliothek

Das

Gesammteigenthum.

Von

Dr. Ludwig Duncker,
außerordentl. Professor der Rechte in Marburg.

Marburg.
Druck und Verlag von N. G. Elwert.

1843.

Duncker Das Gesammteigenthum

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

Vorrede.

Während die Institute des deutschen Rechtes, welche neben dem römischen ihre Geltung behaupteten, unter der fortwährenden Einwirkung des letztern mehr und mehr ihr eigenthümliches Gepräge verloren, bietet sich bei dem Gesammteigenthume die ganz vereinzelte Erscheinung dar, daß die Herrschaft des römischen Rechtes auf das entschiedenste abgewiesen wurde. Der Grund der für das Gesammteigenthum angesprochenen Selbstständigkeit ist aber nicht darin zu suchen, daß die Natur der unter diesem Begriffe nach und nach zusammengefaßten Institute in ihrer scharf hervortretenden Individualität der Anwendbarkeit römischrechtlicher Grundsätze widerstrebt hätte, so daß die deutschen Juristen von jeher genöthigt gewesen wären, hier auf das vaterländische Recht eine außerdem ganz ungewöhnliche Rücksicht zu nehmen; es wurden vielmehr auch diese Institute bis in das siebenzehnte Jahrhundert dem römischen Rechte völlig untergeordnet. Erst seit dieser Zeit hat sich der

Begriff des Gesammteigenthums im grellsten Widerspruche mit den Grundsätzen des fremden Rechtes ausgebildet. Freilich hat die Kritik des gegenwärtigen Jahrhunderts auch auf diese Lehre vielfach zerstörend eingewirkt, allein die Bekämpfung der frühern Ansichten hat nur eine um so größere Meinungsverschiedenheit zur Folge gehabt. Es wird daher jeder Beitrag, durch welchen eine Verständigung herbeigeführt werden kann, einer willkommenen Aufnahme sich erfreuen dürfen. In dieser Erwartung übergebe ich die folgenden Untersuchungen den Sachkennern zur nachsichtigen Beurtheilung.

Marburg im August 1842.

Uebersicht des Inhalts.

Seite

Einleitung.

Literairgeschichte des Gesammteigenthums. . . 1

Erster Abschnitt.

Grundsätze des deutschen Rechts über Eigenthum und gemeinschaftliches Eigenthum ins Besondere.

§. 1. Standpunkt der Untersuchung. 24
§. 2. Ueber die angebliche Verschiedenheit des Wesens des deutschen und römischen Eigenthums. 27
§. 3. Erklärung des Ausdrucks: Gesammte Hand. . . 30
§. 4. Ueber die Begründung des gemeinschaftlichen Eigenthums und dessen Charakter im Allgemeinen. 33
§. 5. Begründung des gemeinschaftlichen Eigenthums durch gerichtliche Auflassung. 39
§. 6. Ueber die Beschränkung des Rechts auf Theilung eines gemeinschaftlichen Vermögens. 51
§. 7. Eventuelle, durch gerichtliche Auflassung gesicherte Eigenthumsrechte. 53

Zweiter Abschnitt.

Die einzelnen unter dem Begriffe des Gesammteigenthums zusammengefaßten Rechtsverhältnisse.

I. Die Vergabungen von Todes wegen.

§. 8. Ansichten der neueren Juristen über das Wesen der Vergabungen von Todeswegen 57

§. 9. Ueber die Bedeutung des **tradere post mortem** und die Wirkung sowohl einseitiger als gegenseitiger Vergabungen von Todes wegen. 64

II. Die Belehnung zur gesammten Hand.

§. 10. Einleitung. 80

§. 11. Von der Belehnung zur gesammten Hand nach den Rechtsbüchern. 85

§. 12. Von der Belehnung zur gesammten Hand im Sinne des neuern Rechts. 94

III. Eventuelle Rechte der Familienglieder am Stammgute.

§. 13. Verschiedene Ansichten. 115

§. 14. Stammgut des Adels und Familienfideicommiß. . 122

IV. Die Erbverbrüderung.

§. 15. 138

V. Die Ganerbschaft.

§. 16. 145

VI. Die Markgenossenschaft.

§. 17. Einleitung. 152

§. 18. Eigenthum an der Mark. 161

§. 19. Der hessische Gemeindenutzen. 179

VII. Die eheliche Gütergemeinschaft.

§. 20. Verschiedene Ansichten. 195

§. 21. Beitrag zur Prüfung dieser Ansichten. . . . 210

§. 22. Alleineigenthum des Mannes am Gesammtgute und eventuelles Recht der Frau. 218

Einleitung.

Literärgeschichte des Gesammteigenthums.

Nach den Grundsätzen des römischen Rechts kann das Eigenthum, als ein seinem Wesen nach ausschließliches Recht, an derselben Sache nur einer Person zustehen; wenn daher die Eigenthumsansprüche mehrerer in einem Objecte zusammentreffen, so sind die Genossen entweder als Miteigenthümer anzusehen, oder bilden in ihrer Vereinigung eine juristische Person. In jenem Falle erstreckt sich das Recht jedes Einzelnen nicht über die ganze Sache, sondern jeder Miteigenthümer hat daran einen bestimmten, ideellen Theil, welcher ihm ausschließlich zustehet; in diesem Falle aber ist die juristische Person das einzige berechtigte Subject. Mit diesen Grundsätzen glaubten die ältern Juristen bei Beurtheilung der dem deutschen Recht eigenthümlichen Verhältnisse, welche ein Zusammentreffen des Eigenthums Mehrerer an derselben Sache darzubieten schienen, auch vollständig ausreichen zu können. Sie geben freilich zu, daß bei den einzelnen hierher gehörenden Instituten, namentlich bei der ehelichen Gütergemeinschaft und der Ganerbschaft das römische Recht nicht unbedingt und ohne alle Ausnahme zur Anwendung gebracht werden dürfe; sie sind aber weit davon entfernt, sich von demselben gänzlich loszusagen. Die-

ser Erfolg wurde erst nach und nach vorbereitet, indem die Juristen bei einzelnen deutschrechtlichen Instituten immer mehr Eigenthümlichkeiten entdeckten; und da sie die Grenze nicht zu finden wußten, bis zu welcher die Herrschaft des römischen Rechtes, ohne der Individualität der einheimischen Institute zu nahe zu treten, anzuerkennen war, so half man sich damit, das fremde Recht für gänzlich unanwendbar zu erklären. So bildete sich seit dem Ausgange des siebenzehnten, besonders aber im achtzehnten Jahrhundert der Begriff des Gesammteigenthums, in welchem man die Grundlage jener Verhältnisse zu erblicken glaubte. Die festen Begriffe des römischen Rechtes mußten einem Trugbilde weichen, und das seines Haltpunktes beraubte juristische Urtheil wurde zu ungebundenen Träumereien fortgerissen, die in dem **dominium plurium in solidum** ihren Höhepunkt erreichten.

Eine ins Einzelne gehende Erörterung kann erst weiter unten gegeben werden, wo von den unter dem Begriffe des Gesammteigenthums vereinigten Instituten die Rede sein wird. Die gegenwärtige Darstellung, welche die allmälige Entstehung und Ausbildung dieses Begriffes im Allgemeinen zum Gegenstand hat, muß darauf beschränkt werden, das bei den einzelnen Instituten angenommene Gesammteigenthum nur in so weit in den Kreis dieser Betrachtung zu ziehen, als dieses zur Verfolgung des Ueberganges von dem Besondern zum Allgemeinen nothwendig erscheint.

In den Schriften der Juristen aus der ersten Hälfte des siebenzehnten Jahrhunderts ist von einem **dominium plurium in solidum** im spätern Sinne noch nicht die Rede. Es findet sich freilich hin und wieder die Behauptung, daß den einzelnen Ganerben an der gemeinschaftlichen Burg ein solidarisches Eigenthum zustehe; allein es wird dasselbe

als ein Miteigenthum nach ideellen Theilen aufgefaßt, wie es nach Maasgabe der l. 5. de stipul. serv. (45. 3.) an einem gemeinschaftlichen Servus Statt findet[1]). Kyllinger[2]) führt dieses auf folgende Weise aus: „Aulus Casselius JCtus consultori cuidam dicenti: *navem dividere volo*, uno verbo respondit: perdes, referente Quintiliano lib. 6. c. 4, Macrob. lib. 2. Saturn. c. 6. volebat enim consultor a societate cum aliquibus inita discedere, et quo modo navem communem cum sociis divideret, Casselium rogabat. Idem dici posset socio sciscitanti, quomodo castrum sive arcem communem cum sociis et Ganerbiis suis partiretur. Quamvis enim de reali divisione, quae manu fit opificis, locutus fuerit ICtus, et alias in navi, utpote re mobili, alia subsit ratio, quia res mobiles divisionem non recipiunt (l. 8. ff. de rei vind.) tamen hoc apposito responso et pro rogantis captu formato, demonstrare voluit roganti, res illas, quarum usus pro parte non est, divisionem non admittere: at usum divisae navis nullum esse, nec aliter eam prodesse nisi integram et indivisam; igitur necesse est, ut vel navem cum sociis pro indiviso possidere pergat, vel alio modo sibi consulat. Similis observatio est in arcibus et castris, si verum eorum usum et naturam respicias; arx enim et castrum ad defensionem destinatum est, — at castri una pars ad defensionem nihil prodest, si altera vel careat, vel ea indefensa relinqua-

---

1) Servus communis sic omnium est, non quasi singulorum, totus, sed pro partibus utique divisis, ut intellectu magis partes habeant, quam corpore.

2) De Ganerbiis castrorum, sive de arcium pluribus communium condominis 1620. Disc. 6. n. 1. sqq.

tur. — Accedit quod defensio facti est, facta autem, ex communi omnium sententia, divisionem non recipiunt; et sic nemo castrum aliquod pro parte defendere potest, *sed quasi in solidum defendit*, et si plures conjunctim castrum defendant, nullus eorum pro parte, sed singuli quasi *in solidum* defendunt; nam quamvis unus non omnia loca castri defendat, tamen non ideo minus defendit, quod et alter defendat, sic quamvis et alii tecum in communi castro ipsius castri beneficio defendantur, non ideo tu minus defenderis, plane ut res se habet in balneo, porticu, campo, vehiculo et similibus, quorum usus individuus est, et apud unumquemque condominorum in solidum est per l. 5. §. fin. ff. commod. Quod si usus castri individuus est, necesse est ut ipsum individuum intelligatur per l. 17. ff. de servit. ubi servitutes individuae dicuntur, propterea: quia earum usus individuus est. — — At interim ex superioribus constat, castra per se individua esse. Hinc, ut opinor, concludunt Dd. quod castrum duobus aut pluribus concessum unicuique videatur concessum in solidum; — hoc est, ut materiae nostrae accommodetur, quod castrum pluribus Ganerbiis concessum *unicuique Ganerbiorum concessum esse videatur in solidum. — — In solidum autem ita concedere intelligunt, non ut omnes condomini totum castrum* (hoc enim fieri non potest per d. l. 5. §. fin. ff. commod. l. 3. §. 5. ff. de acq. poss.) *sed ut pro indiviso invicem possideant, sicut in rebus individuis est receptum* l. 5. ff. de stipul. serv. verbo sc. in solidum improprie et abusive sumpto etc.“

Der pseudonyme Justus Veracius scheint der erste gewesen zu sein, welcher ein dominium plurium in solidum im Sinne der spätern Juristen und zwar als Grundlage der ehelichen Gütergemeinschaft angenommen hat.

Seine Ausführung ist folgende[1]: „Argumentum hoc communionis bonorum proprie sic dictum Ein versamlet Haab und Guet nostra in patria longo alio sensu, quam in jure Romano, accipi atque tractari solet: Romanis enim et omnibus iis, qui solis eorum legibus vivunt, communio rerum aliud nihil est, quam si plures rem unam pro indiviso possident, ita tamen, ut jure ipso res divisa et nemo possessorum in solidum, sed pro parte tantum rei dominus sit: quae omnia alia sunt in nostra communione bonorum, qua de acturi sumus: per eam enim sic utriusque conjugis bona confunduntur, ut *quivis eorum totius patrimonii in solidum dominus sit*, et quae uxoris fuerunt, jam et ejusdem et mariti sunt; vicissim quae maritus habuerat, jam sua et uxoris suae sint, uno verbo, *et maritus et uxor jure dicere potest, totum patrimonium meum est.* Meminimus quidem probe, in delicatis Romanae civilis prudentiae consultorum auribus valde absonam vocem esse, dum dicitur, posse esse plures dominos unius rei in solidum, sed qui meminisse velit, id solum sublimis alicujus subtilitatis partum esse — — Sin autem intellectus tui ea sit teneritudo, ut hanc nostram sententiam velut novum et violentum dogma concoquere haud queat, juvari poterit stomachi tui imbecillitas ex *Jacobi Rickii* tractatu de unione prolium, ubi c. 2. n. 19. ex *Car. Molin.* in consuet. Parisiens. §. 25. in principio docet: quanquam inter conjuges communio bonorum eorumque uxor pro dimidia parte domina sit, attamen eam communionem

---

1) Libellus consuetudinum principatus Bambergensis autore Justo Veracio primum in lucem editus anno Christi 1681. Tit. Communio bonorum inter conjuges. Quaest. 1. Quid sit talis communio bonorum; auch abgedruckt in *Ludewig*, scriptores rerum episc. Bamberg. t. 1. p. 958.

non esse proprie in actu, sed solum in habitu, et soluto demum matrimonio exire in actum et in veram atque actualem dominii et possessionis societatem, siquidem stante matrimonio maritus, ut legalis administrator, potestatem habeat, res universas et integras absque consensu uxoris alienandi, quae authoritas administrationis alienandique potestas faciat, ut maritus totius patrimonii actu dominus sit, sed non absolutus, atque hinc fiat, quod stante matrimonio isthaec communio quoad dominium et possessionem quodammodo sit impropria et impedita propter administrationem marito competentem." Justus Veracius sucht nun weiter nachzuweisen, daß ein dominium plurium in solidum selbst dem römischen Rechte nicht fremd sei; denn nach l. un. §. 11. C. de caduc. toll. (6. 51.) wachse, wenn Mehreren dieselbe Sache in verschiedenen Sätzen legirt sei, und einer derselben wegfalle, dessen Theil dem Andern nicht zu, sondern derselbe behalte nunmehr das ihm gebührende Ganze unverkürzt, da es durch die Concurrenz des weggefallenen Collegatars nicht weiter geschmälert werde; jeder Collegatar müsse daher ein dominium in solidum gehabt haben. Es könne dieses Recht freilich von beiden zugleich nicht ausgeübt werden, dieses schließe aber der Begriff eines dominium in solidum nicht aus. Wenn nämlich Mehreren eine Servitut, z. B. Wasser zu schöpfen, eingeräumt sei, so könne jeder, so oft er wolle, von seinem Rechte Gebrauch machen; und wenn gleich der Brunnen nur eine abwechselnde Benutzung durch die mehreren Berechtigten gestatte, so stehe dieselbe nichts desto weniger einem jeden in solidum zu. „Sicut ergo," heißt es darauf, „servitutis natura individua est, ipsumque jus totius servitutis penes plures residere, aut res eadem pluribus simul in solidum servire dicitur, non obstante, quod ipse actus servitutis

simul et eodem instanti a pluribus exerceri haud possit, ita quoque nihil absurdum erit, si dicatur res una eademque plurium dominio in solidum subjecta esse, quamquam illi plures simul in uno eodemque instanti potestatem dominii in solidum exercere haud possint, id quod distinctione ante indigitata optime comprehenditur et defenditur, *dum nimirum unum dominium habitu et alterum actu statuitur*, quorum illud commodissime penes duos in solidum consistere poterit, secus vero hoc.“ Als hauptsächlichste Folge dieses dominium in solidum wird es angesehen, daß dem überlebendem Ehegatten das ganze Vermögen zufällt. Man sieht, daß Justus Veracius, indem er die Möglichkeit eines solidarischen Eigenthums, wie es zu Anfang seiner Darstellung beschrieben wird, zu beweisen sucht, zu einem ganz entgegengesetzten Resultate gelangt, indem er jenes in ein dominium habituale und actuale auflöset. Erst die Rechtslehrer des achtzehnten Jahrhunderts fanden diesen Nothbehelf zur Beruhigung ihres juristischen Gewissens nicht mehr nöthig.

Auch zur Erklärung des durch die Belehnung zur gesammten Hand begründeten Verhältnisses wurde darauf das dominium in solidum zu Hülfe genommen. Man dachte aber noch nicht daran, dasselbe als einen Gattungsbegriff aufzustellen, in welchem die genannten Institute ihren Vereinigungspunkt fänden; vielmehr wurde die eheliche Gütergemeinschaft, so wie die Ganerbschaft, nach der gemeinen Ansicht, von den Regeln des römischen Rechtes beherrscht. Namentlich schließt sich die unter Senckenberg's Vorsitze vertheidigte Dissertation Langsdorff's, welche zunächst die Ganerbschaft zum Gegenstande hat, noch sehr genau an das römische Recht an [1]). Die c. 1. §. 6. gege-

1) **Diss. jurid. qua primas lineas condominii pro indiviso sive ganerbiatus, derer Gemeinds-Herrschafften ad mores Ger-**

bene Definition lautet: **Condominium dicimus: Dominium late dictum plurium, animo societatis circa eandem rem versans, pro partibus indivisis. Est inquam dominium late dictum, ut eo pacto includam reliqua jura in re praeter dominium stricte sic dictum. — — Addidi esse dominium plurium, neque enim dominium hic est jus excludendi alios,** ***sed omnes intuitu tertii cujusdam personam quandam moralem constituunt, inter se vero ut socii versantur,*** **quorum quisque partem suam alteri communicat.** Die Ganerbschaft wird hiernach ganz aus dem Gesichtspunkte des römischen Miteigenthums betrachtet; die weitere Ansicht aber, daß die Gesammtheit der Genossen einem Dritten gegenüber als moralische Person anzusehen sei, wird im Verlauf der Dissertation gar nicht weiter berührt. Als eigenthümliche deutsche Wirkung dieses Miteigenthums wird nur erwähnt, daß es den Retract [1]) und ein Successionsrecht begründe, bei welcher Gelegenheit (c. 2. §. 23.) ganz beiläufig die Bemerkung gemacht wird, daß sich hieraus das gegenseitige Erbrecht der Ehegatten nach deutschem Recht erkläre. Eisenhart [2]) und Schmidt [3]) wiederholen nur die in dieser Dissertation aufgestellten Grundsätze.

---

maniae hodiernos in Georgia Augusta d. XVII. Martii 1736. praeside ***Henrico Christiano Senckenberg*****, ducere et defendere aggreditur** ***Georgius Melchior Langsdorff.*** Der Verfasser erzählt in der Vorrede, daß er bei seiner Arbeit durch Senckenberg's Belehrung und Collectaneen unterstützt sei, und dieser selbst verspricht in der am Ende der Dissertation befindlichen Zuschrift an den Verfasser eine eigne Abhandlung über denselben Gegenstand, welche aber nicht erschienen ist.

1) Was Walch, Näherrecht B. 1. Hauptst. 2. S. 104 ff später weiter ausführte.

2) **Institut. juris Germanici 1753. lib. 2. tit. 2. §. 24 seqq.**

3) **Princip. juris Germanici 1756. lib. 2. tit. 2. §. 7. 8.**

Erst seit der Mitte des vorigen Jahrhunderts gelangte das Gesammteigenthum zu allgemeiner Anerkennung; die deutsche Erbfolge glaubte man nur durch ein der Familie zustehendes Gesammteigenthum erklären zu können, und gleichzeitig wurde ein solidarisches Eigenthum der Ehegatten als Grundlage der ehelichen Gütergemeinschaft angenommen. Hofacker[1]) ist, so viel ich weiß der erste, welcher unter dem Gesammteigenthum, als einem Gattungsbegriffe, mehrere einzelne Verhältnisse vereinigte. „A condominio hactenus exposito distingui debet condominium *moribus German.* quandoque receptum, quod ab illo (Miteigenthum) non incommodo nomine des Gesammteigenthums separatur. Est vero hoc condominium pluribus in re indivisa ita competens, *ut quilibet ejus rei dominium in solidum habeat*, sed limitato per concursum alterius condomini exercitio. Cum itaque quilibet dominus in solidum esse censeatur, cessant ea, quae de parte indivisa ad singulos condominos pertinente dicta sunt; et ideo neuter condominorum de re communi pro parte indivisa disponere neque etiam ad divisionem rei communis provocare potest. Praecipuae ejusmodi condominii germanici species sunt: I. in communione bonorum conjugalium, II. in Ganerbinatibus pacto mutuo successorio munitis, III. in jure Marcarum (Märckerschafften). Dieses auch von Runde[2]) angenommene Gesammteigenthum fand in Danz[3]) einen eifrigen Vertheidiger: „Entweder erstreckt sich das Recht eines jeden Miteigenthümers auf die ganze Sache (in solidum) dergestalt, daß nicht einmal unabgesonderte Theile (partes intellec-

---

1) Princip. juris civilis 1794. t. 2. §. 909. 910.

2) Deut. Privatr. 2. §. 263.

3) Commentar Th. 2. §. 263.

tuales) und die nach einem gewissen Verhältnisse gegen das Ganze bestimmt sind, gedacht werden; oder das Recht eines jeden Miteigenthümers beschränkt sich auf einen von den übrigen unabgesonderten Theil des Ganzen (**partem intellectualem, indivisam**), so daß ein jeder einzelner Miteigenthümer z. B. die Hälfte, ein Drittheil u. s. w. an der gemeinschaftlichen Sache hat. Die erste Gattung pflegt Gesammteigenthum (**condom. in solidum et pro indiviso**) genannt zu werden, und ist den germanischen Rechten eigen; die zweite Gattung hingegen trägt den Namen des Miteigenthums (**condominium**) und war auch den Römern schon bekannt. Vergleicht man beide Abarten des gemeinschaftlichen Eigenthums, so ergeben sich bald sehr wesentliche Verschiedenheiten: bei dem Gesammteigenthum kann man, so widersprechend es auch im ersten Anblicke erscheinen mag, mit Wahrheit sagen, daß ein jeder einzelner Gemeiner Eigenthümer des Ganzen, und doch auch wieder kein einzelner Gemeiner Eigenthümer des Ganzen sey. Denn das Recht eines jeden Einzelnen erstreckt sich auf die ganze Sache, so daß dabei nicht einmal unabgesonderte Theile gedacht werden; aber dieses Rechts auf die ganze Sache sind doch mehrere Individuen auf völlig gleiche Weise theilhaftig. Daraus folgt denn, daß nur alle Gemeiner zusammen über die Substanz und über den Besitz zu disponiren befugt sind; daß hingegen kein Einzelner einen bestimmten Theil der Sache ansprechen und eine Dispositionsbefugniß darüber sich anmaßen kann, indem, nach verschiedenen Hinsichten, ein jeder Gemeiner Eigenthümer des Ganzen ist. Eben deshalb haben denn auch Mehrere die Behauptung aufgestellt, daß wenn ein Gemeiner mit Tode abgehe, ihm der Andere oder die Uebrigen succedirten. Ja, sagen diese, genau genommen, sei dieses gar kein eigentliches Erbfolgerecht, sondern

die übrig bleibenden Gemeiner behielten blos Dasjenige, was sie vorher schon gehabt hätten, indem ja ihr Recht schon damals, als der Abgegangene noch vorhanden gewesen, auf die ganze Sache gegangen sei. Es könne demnach hier, fahren sie fort, von keinem eigentlichen jure succedendi sondern blos von einem jure retinendi die Rede sein. Allein aus dem Begriffe und dem Wesen des Gesammteigenthums können jedoch diese Grundsätze offenbar nicht mit voller Zuversicht abgeleitet werden." Dieser Ansicht trat auch Glück [1]) bei. Der Widerspruch derselben mit den Grundsätzen des römischen Rechtes wird von ihren Vertheidigern freilich zugegeben; sie glauben aber jedem von dieser Seite hergenommenen Widerspruche mit der Behauptung begegnen zu können, daß das Gesammteigenthum im deutschen Rechte seine Wurzel habe, und nach dessen Grundsätzen unbezweifelt vorhanden sei. Ja selbst in der neuesten Zeit ist das dominium plurium in solidum noch nicht von Allen aufgegeben. So sagt von Bolley [2]): „— bei dem deutschen Gesammt-Eigenthum wird jeder als Eigenthümer des Ganzen betrachtet. Die Sammt-Eigenthümer stehen ungefähr in einem ähnlichen Verhältnisse, wie mehrere Legatarien, welchen eine und dieselbe Sache ohne Bezeichnung gewisser Theile legirt worden ist. Tritt einer aus, so wächst dessen Antheil dem andern zu, oder vielmehr es tritt ein jus non decrescendi ein, es fällt die Schranke weg, wodurch der andere in der Ausübung seines solidarischen Eigenthums gehindert war."

Hasse [3]) wies aber nach, daß die im römischen Recht

1) Comm. B. 8. §. 527.

2) In Sarwey's Monatschrift für die Justizpflege in Würtemberg 1838. B. 2. S. 194.

3) Beytrag zur Revision der bisherigen Theorie von der ehelichen Gütergemeinschaft 1808.

ausgesprochene Unmöglichkeit eines dominium plurium in solidum aus dem Wesen des Eigenthums mit Nothwendigkeit abzuleiten sei. Die eheliche Gütergemeinschaft schien ihm aber von so eigenthümlicher Natur, daß er die beiden Ehegatten als Substrat einer juristischen Person darstellen zu müssen glaubte, so daß nach §. 30. a. E. „die Individuen nun zusammen und als eine Person gedacht, das Vermögen haben, jeder für sich aber und als Glied der mystischen Person gedacht, gar keinen Antheil daran hat, mit kürzern Worten, daß die Masse nicht unter den Individuen getheilt ist." An die Stelle des dominium plurium in solidum hatte Hasse einen juristischen Begriff gesetzt, welcher darauf von Eichhorn dem Gesammteigenthum überhaupt unterbreitet wurde, in der Weise „daß dabei eine moralische Person als das Subject des Eigenthums gedacht, und die Ausübung der in diesem enthaltenen Rechte als selbstständige Befugniß der Einzelnen angesehen werden müsse; daher besitzen zwar diese, als Subject des Eigenthums betrachtet, dieses immer ungetheilt (condominium pro indiviso, in solidum) können aber in Rücksicht ihrer Theilnahme an der Ausübung der Eigenthumsrechte in sehr verschiedenartigen, durch die Beschaffenheit der einzelnen hierher gehörigen Institute bestimmten Verhältnissen stehen, so daß insbesondere gleichartige Theilnahme an jener durchaus nicht den Charakter ihres Rechts ausmacht."[1] Als einzelne Arten des Gesammteigenthums läßt Eichhorn gelten 1) das durch die alte Form des Erbvertrages zwischen dem bisherigen Alleineigenthümer und dem Vertragserben begründete Verhältniß, 2) die Markgenossenschaft, 3) die Ganerbschaft[2]), 4) die Belehnung zur gesammten

1) Einl. in das deut. P. R. §. 168.

2) Rechtsgesch. §. 374.

Hand [1]) und 5) die eheliche Gütergemeinschaft, sofern nicht in einzelnen Statuten ein wahres römisches Miteigenthum zur Grundlage derselben gemacht worden sei. In denselben Fällen nimmt auch Phillips [2]) ein Gesammteigenthum (Gesammtgewere) an, ohne jedoch der dabei zu unterstellenden juristischen Person zu erwähnen.

Bis hierher haben sich die Juristen meist darauf beschränkt, das Dasein des Gesammteigenthums im deutschen Recht, in dem einen oder andern Sinne, zu behaupten, ohne auf einen Beweis genauer einzugehen, welcher vielmehr erst in der neusten Zeit von Beseler [3]) ist versucht worden. „Ein eigenthümlicher Zug des germanischen Lebens“ sagt derselbe S. 80 „ist der corporative Trieb, der dasselbe beseelte. Hier ist keine schroffe Absonderung, wie bei der römischen Universitas und Communio, sondern in vielgestaltiger Gliederung sind die Genossenschaften durch alle Verhältnisse verzweigt. Die Hoffnung ist eitel, daß hier die Schwierigkeit einer genauen Untersuchung durch die Beantwortung der Frage umgangen werden könne, ob im einzelnen Falle z. B. eine Universitas oder Societas vorliege: diese Begriffe umfassen nur die Extreme; dazwischen liegt eine große Mannigfaltigkeit von genossenschaftlichen Verbindungen. Es gab Corporationen, welche durch den Trieb der Lebensverhältnisse sich schon früh gebildet hatten; welche über das ganze Reich in gleicher Art verbreitet, fast alle freie Bewohner desselben in sich schlossen, und deshalb in politischer Beziehung von großer Bedeutung waren. Diesen, den Markgenossenschaften, Stadt- und Dorfgemeinden

---

1) Einleit. §. 169. 359.

2) Deutsches P. R. 1829. Th. 1. S. 233 ff. 300 f. Th. 2. S. 194.

3) Die Lehre von den Erbverträgen 1835. Th. 1. S. 73 ff.

fehlte das Bewußtsein ihrer Entstehung; sie sind mehr Ausflüsse der Kraft, welche die Menschen zum Staate zusammenführt, als das Product überlegten Willens. Bei ihnen war eine Persönlichkeit, ihr rechtliches Verhältniß in Beziehung auf das Vermögen stand dem der römischen Universitas sehr nahe, obgleich sie dieser politisch bei weitem an freier Selbstständigkeit überlegen waren. Außerdem führte die Lust zur Vereinigung oder die Bedrängniß der Zeit zu den verschiedenartigsten Genossenschaften zusammen, welche, wenn sie auch häufig durch ein gewisses Gefühl der Nothwendigkeit hervorgerufen sein mochten, doch zunächst auf der Ueberzeugung von ihrer Zweckmäßigkeit beruhten, und der freien Willensbestimmung ihr Daseyn und ihre Beschaffenheit verdankten." Beseler geht darauf S. 81 zu der, eine Art solcher Genossenschaften bildenden Ganerbschaft über, welche er, wegen der Ausführlichkeit der darüber vorhandenen Quellen, als ein angemessenes Beispiel zur Beurtheilung ähnlicher Verhältnisse genauer erörtert. Daß die Vereinigung der Ganerben als juristische Person nicht aufgefaßt werden kann, ist außer allem Zweifel: die einzelnen Genossen sind berechtigt und verpflichtet; aber als bloße Communio läßt Beseler diese Genossenschaft nicht gelten, weil dieselbe stets als eine dauernde eingegangen, und regelmäßig nur durch die Uebereinkunft aller Mitglieder auflösbar gewesen sei. „Es ist augenscheinlich" fährt Beseler S. 84 fort, „daß für dieses Rechtsverhältniß die absolute Bedeutung des römischen Eigenthums nicht geltend gemacht werden kann. Dennoch entsprang hieraus kein Widerspruch, sondern ein lebendiges sich natürlich bewegendes Institut. Im Allgemeinen wurde angenommen, daß der Wille der Genossen ein verständiger, harmonirender sein werde; sehr genaue Vereinbarungen wurden aufgesetzt für die einzelnen Beziehungen, deren Befolgung jeder, bevor er

Gemeiner werden konnte, eidlich beschwören mußte, und auf den Fall des Streits sogleich die Austräge angeordnet für dessen Beilegung." Nach Analogie der für die Ganerbschaft geltenden Grundsätze will Beseler das Rechtsverhältniß beurtheilt wissen, welches dadurch entstand, daß Ehegatten sich ihr Vermögen mit der Wirkung gegenseitig aufließen, daß es beiden gemeinschaftlich werde. „Wie konnte" (heißt es S. 83) „wenn man keine ideellen Theile machen will, ein solches Verhältniß durchgeführt werden? Auf eine ähnliche Weise wie bei den Ganerbschaften. Das innige Verhältniß der Ehe gewährte das zur Eingehung einer solchen Gemeinschaft nöthige Vertrauen, und gab ihr im Allgemeinen ihre Haltung, während das Mundium des Mannes ihre Durchführung sicherte." Bei der auch unter andern Personen durch gegenseitige Uebertragung ihres Vermögens begründeten Gemeinschaft habe die hier fehlende in der Leitung der Gemeinschaft sich zeigende bevorzugte Stellung des einen Genossen, wie sie dem Ehemanne das Mundium gegeben, durch den Vertrag ersetzt werden können, wie denn auch in einer von Beseler (S. 86 Note 38) mitgetheilten Urkunde aus dem Anfange des neunten Jahrhunderts gesagt wird, daß dem einen Genossen die Potestas über das gemeinschaftliche Vermögen zugestanden worden sei. Wenn auch hieraus keine genauen Resultate zur Beurtheilung des ganzen Verhältnisses gezogen werden könnten, so sei doch ein Mittel angedeutet, wodurch es auf angemessene Weise habe wirksam gemacht werden können. „Das Resultat der vorgelegten Untersuchung", heißt es weiter S. 87 „ist dieses: im deutschen Recht kann der Begriff des Eigenthums, als eines ausschließlichen untheilbaren Rechts nicht durchgeführt werden; es lassen sich verschiedene Institute nachweisen, bei welchen das Eigenthum an derselben Sache gleichmäßig mehrern Personen zustand,

indem eine Collision der in demselben liegenden Befugnisse durch das Wesen und die Natur des Verhältnisses, worin jene Personen sich befanden, und durch besondere Vereinbarungen vermieden wurde. Wer es versucht, wie Hasse, diese Fälle unter den allgemeinen Gesichtspunkt einer mystischen Person zu bringen, der bedient sich einer Fiction, welche hier nicht angemessen ist, und auf keinen Fall dazu benutzt werden darf, um aus ihr rückwärts Folgerungen für die Beurtheilung eigenthümlicher Institute zu ziehen."

Es ist sehr zu bedauern, daß es außer Beseler's Plane lag, diese Andeutungen weiter auszuführen, wodurch die ganze Darstellung auch an Klarheit gewonnen haben würde. Daß manche Verhältnisse des deutschen Rechts nicht haarscharf unter den Begriff der Communio oder Universitas passen, wird gern zugegeben, aber ungern vermißt man eine deutliche Entwickelung der Grundsätze, nach welchen jene Verhältnisse beurtheilt werden müssen.

An Beseler's Ansicht schließt sich Bluntschli [1]) sehr genau an; jedoch ist ein Durchschimmern des dominium plurium in solidum gar nicht zu verkennen. „Das deutsche Recht" (heißt es S. 81) „ist bekanntlich überaus reich an Genossenschaften, welche weder als römische juristische Personen (universitates) noch als römische Gesellschaften (societates) aufgefaßt werden dürfen, sondern mitten inne liegen. Während nämlich das Charakteristische der römischen universitas darin besteht, daß ein neues Rechtssubject künstlich erzeugt wird, die Gesammtheit, vor welchem die Rechte der einzelnen Glieder dieser Gesammtheit völlig in den Hintergrund treten oder ganz verschwinden: so ist es dagegen der Gesellschaft eigenthümlich, daß hier

---

1) Staats- und Rechtsgeschichte der Stadt- und Landschaft Zürich 1838. Th. 1. S. 78 ff.

die Herrschaft der einzelnen Gesellschaftsglieder vollständig erhalten bleibt und die Verbindung dieser Gesellschafter keineswegs als Einheit sich darstellt. Dort werden die sämmtlichen Rechte gewissermaßen in einem Brennpunkt vereinigt und von der Idee der Einheit absorbirt. Hier stehen sie zu ideellen Theilen, von denen aber jeder für sich selbst besteht, den mehrern einzelnen Personen zu. Die deutschen Genossenschaften bewegen sich nun aber meistens zwischen diesen beiden Extremen und nähern sich bald mehr dem einen, bald mehr dem andern. Bald überwiegt das Element der Vereinigung zu einem Ganzen, bald die Rücksicht auf die besondern Rechte der einzelnen Glieder. Je nachdem somit der eine oder andere Gesichtspunkt hervorgehoben wird, kann auch dasselbe Recht und insbesondere das Eigenthum bald der Genossenschaft, bald den einzelnen Genossen zugeschrieben werden, ohne daß diese Gegensätze scharf gesondert wären. So kann die Almende füglich aufgefaßt werden theils als Eigenthum der Gemeinde, theils als Eigenthum der einzelnen Hausväter in der Gemeinde. Der erstere Gesichtspunkt wird mehr da vorherrschen, wo es sich um Verfügungen handelt über das Ganze, z. B. um Anordnung gehöriger Wirthschaft, Festsetzung allgemeiner Bestimmungen über den Holzschlag, die Nutzung, den Viehtrieb u. s. f. Ueber solche Dinge entschied die Versammlung als Organ der Gesammtheit, und der Einzelne konnte sich ihren Beschlüssen nicht entziehen. Der zweite Gesichtspunkt aber zeigt sich vornämlich in der Ausübung des Nutzungsrechtes, welches den einzelnen Gliedern der Genossenschaft als solchen zustand. Diese erscheinen somit nicht wie jeder Dritte, dem auch ein Nutzungsrecht hätte verliehen werden können, sondern sie nutzen eben als Eigenthümer, indem sie ihr Eigenthum nach den von der Mehrheit der Genossen festgesetzten Grundsätzen ausüben. Diese Genossenschaft un-

terscheidet sich demnach von der römischen Universitas dadurch, daß die einzelnen Glieder Rechte auf das Vermögen derselben haben, welche sogar, wenigstens unter gewissen Bedingungen, der Veräußerung und Vererbung fähig sind, von einer römischen Gesellschaft dadurch, daß kein einzelner Genosse Theilung der Almende verlangen darf und daß alle einzelnen sich der gemeinen Verfügung der Mehrheit unterziehen müssen. Diese ganze Auffassung wird allerdings blos möglich durch den dem römischen Rechte fremden Begriff des Gesammteigenthums. Das römische Recht ging von dem Satze aus: Das Eigenthum ist die ausschließliche und vollständige Herrschaft einer Person über eine Sache. Somit können nie zwei zugleich Eigenthümer an derselben Sache sein. Denn wenn beide es wären, so könnte ja keiner den andern ausschließen, und folglich hätte keiner von beiden vollständige und unbeschränkte Herrschaft. Daher eben sind die Miteigenthümer zwar zu ideellen Quoten, nicht aber zum Ganzen Eigenthümer, und können zugleich, um jede Collision zu vermeiden, auf Auseinandersetzung und vollständige Theilung klagen. Wo sich dagegen eine Mehrheit findet, die Eigenthum hat, ohne daß der Begriff dieses Miteigenthums darauf paßte, da schaffen die Römer eine künstliche Einheit in der juristischen Person, welcher sie sodann alles Eigenthum zuschreiben, ohne daß sie daneben auch noch den einzelnen Menschen, welche jene Gesammtheit bilden, irgend welches Eigenthumsrecht zugestehen. Die Gefahr der Collision, welche zwischen den mehrern vollen Eigenthümern entstehen könnte, weiß nun aber das deutsche Recht anders zu beseitigen, und darum eben ist es nicht gezwungen, zu jenem künstlichen Begriff der mystischen Personen in seinem Extreme sogleich und unbedingt Zuflucht zu nehmen. Am klarsten zeigt sich das bei der Ehe, da, wo angenommen wird, das Vermögen der Ehegatten ge-

höre nicht etwa der Ehe als mystischer Person, sondern jedem von beiden Ehegatten ganz, indem die mögliche Collision verschwindet durch die Concentration der ganzen Verwaltung des Vermögens in der Hand des Mannes. Aber auch bei den Genossenschaften ist jene Collision dadurch gehindert, daß alle Verfügungen, welche eine Collision hervorrufen könnten, den Einzelnen entzogen und der Versammlung der ganzen Genossenschaft vorbehalten sind, in welcher dann eben die Mehrheit entscheidet."

Gleichzeitig hat auch Phillips [1]) seine Ansicht über das Gesammteigenthum deutlicher ausgesprochen. „Die Verhältnisse des Gesammteigenthums, welche zum Theil sich noch bis auf die Gegenwart erhalten haben, hängen ihrem Ursprunge nach mit der ersten Niederlassung und Ansiedlung der Germanen in Deutschland zusammen. Diese geschah durchaus familienweise, die vorzüglichste Beschäftigung aber, welcher die Ansiedler oblagen, war Jagd und Viehzucht, während der Ackerbau bei den Germanen das historisch Jüngere ist. Eine Benutzung von Grund und Boden zum Zwecke der Jagd und Viehzucht ist nicht denkbar, wenn das Land in lauter einzelne kleine Grundstücke getheilt ist, während gerade dies es ist, was der Ackerbau erfordert. Es bot sich daher als ein natürliches Verhältniß dar, daß jede sich ansiedelnde Familie ihren Grundbesitz, den sie occupirt hatte, als gemeinschaftlich betrachtete und hier möchte wohl schwerlich Jemanden in den Sinn gekommen seyn, sich ideelle Theile an Grund und Boden zu denken, sondern es verstand sich eben von selbst, daß Wald und Wiese dem Einen so wie dem Andern als ein durchaus gemeinschaftliches Besitzthum, d. h. Jedem ganz angehörte.

---

1) Grundsätze des gem. deutschen P. R. 1838. Th. 1. §. 86.

Dasselbe stand daher in einer von allen Mitgliedern der Familie auszuübenden gemeinschaftlichen Gewalt, Herrschaft, Gewehre, daher Gesammtgewehre oder Gesammteigenthum. Erst der Ackerbau führte dahin, daß einzelne Stücke des Landes urbar gemacht und unter die verschiedenen Mitglieder der Familie vertheilt wurden, während das Uebrige nach wie vor gemeinschaftlich blieb. Aber diese nunmehr vertheilten Stücke waren aus der ursprünglichen Gemeinschaft hervorgegangen, und daher stand nach den Grundsätzen des Germanischen Rechts in Beziehung auf das einzelne Grundstück Allen, die von dem ersten Erwerber desselben herstammten, ein Anspruch zu. Dieses Recht gab sich theils in der Befugniß des nächsten Erben, gegen alle Veräußerungen des Grundstücks Widerspruch zu erheben, theils in der Succession kund. Diese kann nach den Principien des Germanischen Rechtes überhaupt gar nicht anders verstanden werden, als wenn man sie auf die Abstammung von dem ersten Erwerber und das Gesammteigenthum begründet. Somit bietet das Gesammteigenthum der Familie den ersten Fall und die historische Grundlage für alle andern Fälle, in welchen heute zu Tage ein Gesammteigenthum vorkommt, dar. Aus den Familien haben sich die Gemeinden entwickelt, daher schließt sich historisch das Gemeindegesammteigenthum an das der Familie an. Das gemeinschaftliche Gut, sprichwörtlich näher bezeichnet: „wohin nicht Pflug nicht Sense geht", heißt die Mark, und somit bilden die Gemeinden zugleich Markgenossenschaften. Daß eine solche Genossenschaft," heißt es in Note 5, „in Beziehung auf ihr Verhältniß zu Grund und Boden nur als moralische Person gedacht werden könne, — widerspricht durchaus dem germanischen Leben." Nach einer kurzen Beschreibung der Markgenossenschaft fährt Phillips weiter fort: „da die eventuellen

Successionsrechte der Mitglieder einer Familie ihrem Ursprunge nach auf dem Gesammteigenthum beruhen, so ist die Ertheilung solcher eventuellen Rechte an eine fremde Person zugleich eine Aufnahme in das Gesammteigenthum. Dieß geschieht durch den Erbvertrag, dessen eigentliche und ursprüngliche Bedeutung die einer Aufnahme in die Familie war. Der Erbvertrag war daher eine künstliche Nachbildung des natürlichen Familienverhältnisses. Gleiches gilt auch von den sogenannten Ganerbschaften, deren Name schon auf gemeinschaftliche Erbschaftsrechte hinweiset. Ganerben sind ursprünglich wirklich nur die vermöge gleicher Grades- und Parentelennähe mit einander zur Succession berufenen Erben, die daher auch gemeinschaftlich die Erbschaft in Besitz nehmen. Ein analoges Verhältniß konnte aber durch Vertrag erzeugt werden, indem mehrere Personen in Beziehung auf eine und dieselbe Sache (z. B. eine Burg, daher auch der Name Burgmannschaften) zu einander in das Verhältniß traten, als ob sie diese gemeinschaftlich ererbt hätten. Eine neue Art des Gesammteigenthums hat sich für viele Fälle des Vorkommens der ehelichen Gütergemeinschaft ausgebildet; hier ist das Gesammteigenthum vorzüglich auf dem Wege der Theorie entstanden, indem man viele Statute, in denen man eine eheliche Gütergemeinschaft ausgesprochen fand, auf die Weise interpretirte, Mann und Weib stünden zu einander in jenem Verhältnisse; vermittelt wurde dieß auch durch die mit der Gütergemeinschaft verbundenen gegenseitigen Erbrechte der Ehegatten. Endlich findet sich ein Gesammteigenthum auch noch auf dem Gebiete des Lehenrechts entwickelt, und zwar in der doppelten Form, daß die gemeinschaftlichen Rechte entweder von Allen zu gleicher Zeit, oder nur von Einzelnen ausgeübt werden, während die Uebrigen eventuell zur Ausübung gelangen. In diesen beiden verschiedenen

Formen kommt nämlich das Institut der Gesammtbelehnung vor, bei welchem Seitens des Herrn mehreren Personen die Lehensgewehre zu gesammter Hand, weshalb sie auch Gesammthänder genannt werden, übertragen wird.

Im Widerspruche mit diesen Ansichten der Juristen ist in den Gesetzgebungen von dem Gesammteigenthume fast gar nicht die Rede; denn nur in einzelne Gesetze des vorigen Jahrhunderts hat die damals herrschende Ansicht sich Eingang verschafft, indem als Grundlage der Belehnung zur gesammten Hand und der ehelichen Gütergemeinschaft ein solidarisches Eigenthum anerkannt worden ist.

Das Gesammteigenthum hat aber auch, freilich erst in neuerer Zeit, seine Widersacher gefunden. Maurenbrecher [1]) ist der erste, welcher dasselbe ganz und gar verworfen hat: „die alten Theoretiker, welche es vertheidigten, sind zu dem Mißgriffe gekommen, theils durch die Verwechselung, daß sie die blos eventuellen Rechte, welche die Erben am Vermögen der Familie, oder der Vertragserbe am künftigen Nachlasse, oder die Gesammthänder im Lehnrecht hatten, für gegenwärtig dinglich gehalten haben, theils durch das Mißverständniß, daß sie die Rechte, welche die Mitglieder einer moralischen Person auf die Benutzung der Gemeinheitsgüter haben, für Ausflüsse eines Eigenthums der Einzelnen an diesen Gütern selbst hielten, statt sie mit der Eigenschaft derselben als Gemeinheitsglieder in Verbindung zu bringen. §. 187 a. Der Begriff dieses Gesammteigenthums verdient aus den angegebenen Gründen allerdings in der heutigen Theorie unterdrückt zu werden [2])." Auch Mittermaier, welcher in den frühern Ausgaben das Gesammtei-

1) Deut. P. R. 1834. §. 187 u. 187 a.

2) Vergl. die zweite Auflage 1840. §. 211. und Reyscher, würtemb. Privatr. Th. 2 §. 281.

genthum wenigstens als einmal durch die Praxis recipirt gelten ließ [1]), hat in der fünften Auflage [2]) sich dahin ausgesprochen, daß kein Bedürfniß vorhanden sei, das Gesammteigenthum in das deutsche Recht aufzunehmen, da die Verhältnisse, welche man dahin rechne, sich weit einfacher auf andere Art erklären ließen, und die Annahme eines solchen Eigenthums leicht zu irrigen Folgerungen führe. In den Fällen, in welchen ein Gesammteigenthum angenommen werde, sey nur eine Gesammtgewere in so fern vorhanden, als eine Person mit eventuellen Rechten (wie beim Erbvertrage) in die Gewere von einer andern Person aufgenommen werde, oder es seien eventuelle Rechte der nächsten Erben, oder eventuelle Lehenrechte vorhanden, oder es stehe wie bei den Gemeindegütern das Eigenthum einer juristischen Person zu. Die Jurisprudenz anderer Länder, bemerkt Mittermaier (Note 2), habe auch die Annahme eines Gesammteigenthums nicht für nöthig gefunden [3]).

---

1) Deut. P. R. §. 139.

2) Daselbst, Ausg. v. 1837. §. '55.

3) Ich habe mich schon früher (krit. Jahrbücher für deut. R. W. 1839. S. 251 f.) gegen die bisherigen Ansichten über das Gesammteigenthum beiläufig erklärt, welches ich hier nur deshalb erwähne, weil Maurenbrecher (a. a. O. §. 211. Note 4. §. 244. Note 10.) mich zu den Vertheidigern des „logisch unsinnigen" Gesammteigenthums rechnet, und sich auf meinen Aufsatz über **dom. dir. u. utile** in der Zeitschrift für deut. R. W. 2. S. 185. bezieht, wo ich jedoch nur die Ansicht von Phillips referirt habe.

Bayerische Staatsbibliothek MÜNCHEN

Erster Abschnitt.

Grundsätze des deutschen Rechts über Eigenthum und gemeinschaftliches Eigenthum ins Besondere.

§. 1.

Standpunkt der Untersuchung.

Der eben gegebene Abriß der Literärgeschichte des Gesammteigenthums mußte sich auf eine bloße Darlegung der Resultate der bisherigen Ansichten und Forschungen beschränken; die genauere Ausführung und Prüfung der Gründe bleibt der Untersuchung über die Natur der einzelnen unter dem Begriffe des Gesammteigenthums zusammengefaßten Institute vorbehalten. Da diese Gründe nicht sowohl auf das Dasein des Gesammteigenthums direct gerichtet sind, sondern vielmehr die Nachweisung enthalten sollen, daß bei einzelnen deutschrechtlichen Instituten ein von dem römischen verschiedenes Eigenthumsverhältniß vorhanden sei, worauf erst aus den übereinstimmenden Merkmalen dieser einzelnen Institute der dieselben umfassende Gattungsbegriff des Gesammteigenthums construirt wird, so zerfällt die nachfolgende Darstellung in so viele Abtheilungen, als einzelne Arten des Gesammteigenthums von den Juristen angenommen worden sind.

Von einer Darlegung und Prüfung der Gründe der ältern Juristen wird freilich kaum die Rede sein können, da dieselben sich meist damit begnügt haben, das Dasein eines Gesammteigenthums schlechthin zu behaupten, ohne auf einen Beweis einzugehen. Aber auch da, wo eine solche Beweisführung versucht ist, können wir uns einer Prüfung der Gründe dann überheben, wenn dieselben jetzt allgemein als unhaltbar anerkannt werden; daher wird eine Widerlegung der für das dominium in solidum im Sinne der Juristen des vorigen Jahrhunderts aus dem römischen Recht entlehnten Gründe [1]) füglich erspart werden können [2]).

Es ist von Beseler [3]) mit Recht hervorgehoben worden, daß die verschiedenen Institute eines nationalen Rechtes sich nicht ausgebildet haben, um einer logischen Regel zu genügen, daß sie vielmehr frei aus den Bedürfnissen und Verhältnissen des Lebens hervorgegangen sind. Bei der großen Verschiedenheit nun, welche auch in dieser Beziehung zwischen den Römern und unsern Vorfahren Statt

---

1) Z. B. Einl. S. 6. und unten §. 11. u. 12.

2) Die auch noch in der neusten Zeit (Einl. S. 11.) vorkommende Berufung auf l. un. C. de cad. toll. ist gänzlich verfehlt; denn es soll hiernach, wenn dieselbe Sache Mehreren in verschiedenen Sätzen legirt worden ist, und einer der Honorirten vor dem Erwerbe wegfällt, nicht etwa dessen Portion bei dem Onerirten verbleiben, sondern die ganze Sache dem Collegatar zu Theil werden, „quia sermo testatoris omnibus prima facie solidum assignare videtur.“ Dagegen „si quidem omnes hoc accipere et potuerint et maluerint, suam quisque partem pro virili portione accipiat.“ Nach der Erwerbung des Legates durch die mehrerern Legatare ist daher von einem Rechte jedes einzelnen auf das Ganze nicht mehr die Rede; bei dem Gesammteigenthume soll aber ein gleichzeitiges solidarisches Eigenthum Mehrerer vorhanden sein.

3) Erbverträge Th. 1. S. 77. 78.

fand, dürfen wir nicht erwarten, daß die Lehre vom Eigenthume, welche durch das Familienleben und die socialen Verhältnisse durchaus bedingt ist, bei beiden Völkern einen völlig gleichen Charakter angenommen habe. Bei der Zurückführung der besondern Bestimmungen aber, in denen das deutsche Recht von dem römischen in dieser Lehre abweicht, auf eine gemeinsame Grundlage können wir nicht vorsichtig genug zu Werke gehen, um unser Urtheil von jeder fremdartigen Einwirkung frei zu erhalten. Diejenigen Rechtsverhältnisse nämlich, welche, weil sie auf einer allgemeinen Regel beruhen, in jedem Staate zur Anerkennung gelangt sind, müssen, so wie sie auf der einen Seite in jener Regel ihren gemeinsamen Mittelpunkt finden, auf der andern durch ihr volksthümliches Gepräge mehr oder weniger Verschiedenheit an den Tag legen. Bei der Beurtheilung dieser nationalen Eigenthümlichkeiten eines an sich allgemeinen Rechtsverhältnisses sind wir nun in Gefahr, das Allgemeine dem Besondern gegenüber aus dem Auge zu verlieren, und die Erzeugnisse volksthümlicher Ansichten, Bestrebungen, Einrichtungen ꝛc. als ein selbstständiges Institut aufzufassen. Wenn man auch zugibt, daß die verschiedenen Eigenthumsverhältnisse, wie sie bei uns vorkommen, nicht ohne alle Ausnahme vom römischen Rechte beherrscht werden, so lassen sich doch diese Singularitäten auf eine andere Weise, als durch die Annahme eines Gesammteigenthums erklären.

Ehe dieses durch eine genauere Prüfung der Eigenthümlichkeiten der unter dem Begriffe des Gesammteigenthums vereinigten Institute geschehen soll, scheint es zweckmäßig eine Untersuchung allgemeinerer Art über Eigenthum und gemeinschaftliches Eigenthum ins Besondere nach den Grundsätzen des deutschen Rechtes vorangehen zu lassen.

§. 2.

Ueber die angebliche Verschiedenheit des Wesens des deutschen und römischen Eigenthums.

Die neuern Juristen, welche ein Gesammteigenthum im deutschen Rechte für begründet halten, jedoch dasselbe weder als ein solidarisches Recht jedes einzelnen Genossen, noch als Eigenthum einer juristischen Person angesehen wissen wollen, gehen von dem Gesichtspunkte aus, daß der Begriff des römischen Eigenthums in Deutschland nicht recipir sei. Wie Beseler und Bluntschli dieses aufgefaßt haben, ist schon in der Einleitung S. 13ff. angegeben worden. Phillips [1]) ist gleichfalls der Ansicht, daß das Eigenthum im deutschen Rechte nicht die schroffe Ausschließlichkeit habe, die den Charakter desselben, als Resultat einer logischen Abstraction, nach römischem Rechte ausmache. Auf dem Gebiete des deutschen Rechtes habe sich das Herrschaftsverhältniß über eine Sache als Resultat des Lebens selbst gebildet; es habe sich das Leben nicht nach den Begriffen geformt, sondern aus diesem, aus den Bedürfnissen des Volkes, seien alle die Verhältnisse hervorgegangen, in denen sich ein Herrschaftsverhältniß Mehrerer über dieselbe Sache an den Tag lege. Der Gewere, welche das Princip aller dieser Verhältnisse sey, entspräche am besten der Begriff des römischen dominium im weitern Sinne, in welchem es auch das Recht des Usufructuars und anderer Servitutberechtigten umfasse. Eigenthum sei also jetzt, wie ehedem Gewere, dasjenige Wort, welches alles, was die Römer proprietas oder dominium und die Deutschen Gewere genannt, so viel sich davon noch erhalten habe, mit beigefügter specieller Bezeichnung des Herrschaftsverhältnisses um-

---

1) Deut. Privatr. §. 85. der zweiten Ausg.

fassen sollte. Theorie, Praxis und Gesetzgebung hätten aber nur einigen dieser Verhältnisse den Namen dominium oder Eigenthum beigelegt, weshalb die übrigen auch heut zu Tage davon auszuschließen seien; demgemäß bedeute Eigenthum bei uns nicht blos die strenge ausschließliche römische proprietas, sondern umfasse noch mehrere andere Verhältnisse, bei welchen nach älterm Recht eine Gesammtgewere oder eine Theilung der Gewere Statt gefunden habe; deshalb sei dem heutigen Rechte der Begriff von Gesammteigenthum und getheiltem Eigenthume nicht fremd. Ich glaube aber schon an einem andern Orte [1]) nachgewiesen zu haben, daß das deutsche Recht, gleichwie das römische, das ausschließliche Herrschaftsverhältniß über eine Sache als charakteristisches Merkmal des Eigenthums aufstellt.

In denjenigen Fällen, in welchen mehreren Personen die Gewere an derselben Sache zustehet, ist daher keine Theilung der Proprietätsrechte vorhanden; sondern die Gewere jedes Einzelnen hat entweder ihr selbstständiges Gebiet, wie die Gewere des Vasallen der des Lehnsherrn gegenüber, oder erstreckt sich nur auf einen ideellen Theil, wie die Gewere mehrerer Miteigenthümer. Die von Phillips angenommene Gesammtgewere, als eine gleichartige Gewere Mehrerer an derselben Sache ihrem ganzen Umfange nach, ist dem deutschen Recht eben so fremd, wie dem römischen ein dominium plurium in solidum.

Auch durch den Ausweg, den Pauli [2]) andeutet, wird die Sache nicht weiter gebracht. Er ist nämlich der Ansicht, „daß die Durchführung eines Verhältnisses, wonach, abgesehen von Markgenossenschaften und Ganerbschaften, Mehreren an derselben Sache oder einem ganzen Vermögen

---

1) Zeitsch. f. deut. R. B. 2 S. 188 ff.

2) Abhandl. aus dem lüb. R. 1840. Th. 2. S. 136 f.

weder reell noch intellectuell getheilte Proprietätsrechte zustehen, nach deutschem Rechte dadurch vermittelt ward, daß man das simple Eigenthum (proprietas) und das Eigenthum mit Herrschaft verbunden (dominium) unterschied, und letzteres im einzelnen Falle, wo es nicht schon dem Rechte nach einer bestimmten Person zustand, wie in der Ehe dem Manne, ihr durch Vertrag oder einseitige Verfügung beilegte. Denn wenn es u. a. im Testamente des Johannes von Soest von 1373 heißt:

> Item do Ghertrudi, uxori mee, et Jordano, compatri meo, *simul*, domus mee *proprietatem* tali cum condicione, ut uxor mea erit *domina* domus et domestica in illa domo et potestatem habebit eligendi in qua parte domus velit et desiderat commorari, quod ibi commoretur:

so ruht diese Verfügung gewiß auf rechtlichen Zuständen, die damals Jedermann geläufig waren." Abgesehen davon aber, daß die hier den Ausdrücken proprietas und dominium untergelegte Bedeutung dem deutschen Recht völlig fremd ist[1]), so werden wir dadurch weiter nichts als einen ganz unbrauchbaren Begriff erhalten, ähnlich dem, wie ihn das ältere römische Recht in dem Gegensatze von quiritarischem und bonitarischem Eigenthume darbietet, welchen allerdings auch schon die ältern Juristen zur Rechtfertigung des Gesammteigenthums zu Hülfe genommen haben (§. 13). Die Erklärung des obigen Testamentes hat auch gar keine Schwierigkeit; der Ehemann vermacht seiner Frau und einem Dritten sein Haus zu gleichen Theilen (simul) mit der Bestimmung, daß die Frau domina desselben seyn solle, was sogleich dahin näher erläutert wird, daß sie in dem

1) Vergl. meinen Aufsatz in der Zeitsch. für deut. R. B. 2. S. 187. 197. 203.

Hause wohnen (domestica in illa domo) und nach Belieben sich ihre Wohnzimmer auswählen könne.

§. 3.

Erklärung des Ausdrucks: gesammte Hand.

In den Gesetzen und Urkunden wird sehr oft der Ausdruck gesammte Hand gebraucht, welchen die Juristen irrthümlich auf das Gesammteigenthum bezogen haben. Die Worte: *communi, communicata, conjuncta, complici, coadunata, collectiva* [1], *continuata* [2] *manu*, mit gesammter (besammter) Hand bedeuten ganz einfach: gemeinschaftlich [3].

Bei obligatorischen Verbindlichkeiten, die mit gesammter Hand übernommen sind, wird dadurch die solidarische Haftung der Einzelnen bezeichnet; so kommt es oft vor, daß mehrere Hauptschuldner oder Bürgen die Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten mit gesammter Hand angeloben [4]. Der

---

1) *Schannat*, vind. lit. coll. 1. p. 56. a. 1098.

2) Ib. p. 64. a. 1103.

3) *Meichelbeck*, hist. Fris. pars inst. p. 120. N. 185. c. a. 800. *Neugart*, cod. dipl. Al. 1. N. 277. a. 837. *de Guden.* cod. dipl. 2. p. 157. N. 120. a. 1265. N. 121. a. 1266. *Schöttgen* et *Kreysig*, dipl. et script. 3. p. 706. N. 162. a. 1345. N. 132. 139. 141. 145. 150. 152. zwischen den Jahren 1334 u. 1343. *de Guden.* l. c. p. 281. N. 227. a. 1294. — „manu composita, quod mit gesamter Hant vulgariter appellatur."

4) *Vogt*, monumenta Bremens. 2. p. 176. a. 1380. Es verkaufen hier zwei Personen eine Rente aus einem Grundstücke — „promittimus nos — conjunctis manibus et in solidum fide data praedictis (den genannten Käufern) et praesentium conservatori (dem Briefsinhaber) — in praedictis reditibus praestare Varandiam." Willküren der Stadt Dortmund aus dem 15. J. H. §. 156. (Zeitsch. f. vaterl. Gesch. und Alterth. Kunde Westphalens, herausg.

Sprachgebrauch ist daher entstanden, daß es bei Eingehung von Rechtsgeschäften üblich war, daß die auf einer oder beiden Seiten vorhandenen mehreren Contrahenten die Theilnahme an der Handlung, nicht blos durch mündliche Beistimmung, sondern auch durch Handschlag, und bei der Auflassung durch gemeinschaftliche Uebergabe oder Annahme des Symbols oder Anfassen des Tradenten oder Empfängers ausdrückten [1]). Nach einer Urk. v. J. 827. tradiren zwei Geschwister ihr Gut der Kirche, indem die Schwester den Bruder dabei anfaßt [2]). Diese Form war auch bei der Belehnung üblich, indem sowohl die mehreren Lehensherren, welchen das Lehen ungetheilt zustand, als auch die mehreren

---

von Meyer und Erhard Th. 3. S. 311) „Hedden lude gelavet samender hant in breven der sy erkenten vor schult, welcher van eyn angesprocken wert vor gerychte van dem genen den he gelavet hefft de moit de schult betalen." Kulm. Recht B. 3. A. 119. 121. (*Leman*, S. 88. 89.) Statuta Stadensia a. 1279. p. 7. §. 6. (*Senckenberg*, Selecta t. 6. p. 351.) *Wuerdtwein*, dipl. Mag. t. 1. N. 101. a. 1393. N. 102. a. 1395.

1) *Haltaus*, v. gesammte Hand.

2) *Meichelbeck*, hist. Fris. t. 1. pars inst. N. 510. — „et propriis manibus ipsa E. fratri suo P. *manus suas injacente* — in manus venerabilis viri H. Episcopi communiter tradiderunt." Urk. v. J. 1232. (Wenck, hess. Landesgesch. Th. 1. Urk. Buch N. 12.) „ego Johannes dictus de H. omnia bona mea — una cum mulieris mee et omnium coheredum meorum consensu et *manuum appositione* cognato meo — titulo pignoris obligavi." Urk. v. 1212. (*de Gudenus*, cod. dipl. 2. p. 29. N. 15.) „Notum ergo facimus — quod — Guntherus de S. — canonicis de A. — decimam in U. — pro LXXX marcis — resignavit. Quod factum V. pater ipsius et ipse quidem Guntherus una cum uxoribus suis — ratum habentes paribus votis et consensibus, quodam *firmitudinis modo*, qui vulgo *sammet Hant* dicitur debitis et firmis promissionibus firmaverunt."

Vasallen das bei der Belehnung gebrauchte Symbol gemeinschaftlich anfaßten[1]). Der in den Lehenrechtsbüchern so häufig vorkommende Ausdruck: zur gesammten Hand belehnen bedeutet daher weiter nichts, als Mehrere mit demselben Lehen in der Weise belehnen, daß Alle zugleich den Besitz und Genuß des Lehens haben sollen. Auch später, als die gesammte Hand im neuern Sinne des Worts aufkam, indem nur Einer zum ausschließlichen Besitz und Genuß des Lehens gelangte, die Uebrigen aber für den Fall des kinderlosen Absterbens desselben das durch die Theilung des Lehens verloren gegangene Successionsrecht durch eine neue Belehnung erhielten, wurde jene Form noch fortwährend angewendet. So ergriffen bei der Belehnung des Kurfürsten von Sachsen und Brandenburg die Gesammthänder den Mantel des Belehnten[2]), wodurch man den Uebergang des Rechtes auf dieselben sich eben so zu versinnlichen suchte, wie die Legitimation der außerehelichen Kinder, welche bei der Trauung ihrer Eltern unter den Mantel der Mutter oder das Missalbuch des Priesters (Mantelkinder, Buchkinder) gestellt wurden.

---

1) *Schilter*, de invest. simult. c. 1. §. 4. (cod. jur. Alem. feud. p. 335.)

2) *Strykius*, exam. jur. feud. app. p. 421. 432. 439., *de Westphalen*, monum. ined. t. 4. praef. p. 38. „bei der erb- und landhuldigung in Pommern ist dieser gebrauch, dass die gegenwärtige aus einem geschlecht nach der ordnung, wie sie gerufen werden, insgesamt vortreten, an einen hut, welchen einer des geschlechts dem lehnherren reichet, zugleich greifen und alle zusammen belehnet werden.

§. 4.

Ueber die Begründung des gemeinschaftlichen Eigenthums und dessen Charakter im Allgemeinen.

In den bei weitem meisten Fällen wird das Miteigenthum durch die gemeinschaftliche Beerbung eines Dritten entstanden sein, und da die Beschaffenheit der hauptsächlich aus Grundstücken bestehenden Erbschaft eine reelle Theilung nicht selten erschweren mochte, eine Civiltheilung aber durch Ankauf des Theiles des Miterben, bei dem Mangel an baarem Gelde, nicht immer leicht zu bewirken war, so verblieben die mehreren Miterben wohl meist in der Gemeinschaft, und theilten blos die Nutzungen, so lange, bis besondere Umstände die Theilung des Nachlasses nothwendig machten [1]). Jeder Miteigenthümer hatte einen ideellen Theil, welchen er schon vor der Theilung veräußern konnte.

Neugart, cod. dipl. Al. 1. N. 155. a. 805:

Nos W. et C. filii P. comitis tradimus — quaedam loca, tam divisa inter nos, quam etiam ea, quae *in commune* adhuc habere videmur —; trado ego W. portionem in D. — similiter et ego C. portionem meam in his subsequentibus locis —. Omnia, quae in supradictis locis sicut jam supra memoravimus et partita et *non partita* — visi sumus habere.

Daselbst N. 305. a. 843:

— trado — quicquid proprietatis in Alamannia visus

1) Nach einer Urk. v. J. 831. (*Meichelbeck*, l. c. N. 555.) setzen sich die Miteigenthümer zweier ihnen gemeinschaftlichen Grundstücke in der Weise auseinander, daß jeder dem andern seinen Theil an einem derselben aufläßt und das andere ausschließlich erhält. App. Marculfi 39. Form. Simond 25. F. Bignon. 18.

sum habere, sive ex paterna hereditate, seu ex adquisito, sive divisum habeam cum coheredibus meis seu *indivisum*[1]).

Aus verschiedenen Gründen wurde aber sehr oft unter den mehreren Erben ausdrücklich verabredet, daß sie entweder rücksichtlich der ganzen Erbschaft oder gewisser Theile derselben in der Gemeinschaft verbleiben wollten. Namentlich kommen später sehr häufig beim hohen Adel dergleichen Verabredungen vor, welche den gemeinschaftlichen Besitz eines Territoriums oder einzelner Hoheitsrechte, z. B. der Zölle, der Jurisdiction, zum Gegenstande haben[2]); und eben so wird im Bürgerstande von den Geschwistern die Untheilbarkeit des Nachlasses oft festgesetzt, um das von den Eltern getriebene Gewerbe auf gemeinsame Rechnung fortzusetzen. Ueber ein Verhältniß der letzten Art, welches in der Schweiz unter dem Namen Zusammentheilung, Theil und Gemeinsame, Zusammenstoß und Gemeinderschaft vorkommt, hat Bluntschli[3]) interessante Auszüge aus Oeffnungen des 15. Jahrhunderts mitgetheilt. Durch eine solche Verabredung der Untheilbarkeit bekam die Gemeinschaft selbst keinen eigenthümlichen Charakter; jeder behielt seinen ideellen Theil, und nur das Recht auf Theilung war nach Maasgabe des Vertrages beschränkt.

Es kommt aber auch frühzeitig vor, daß die Gemein-

---

1) Ib. N. 112. a. 790. N. 130. a. 797. N. 303. a. 842. Mon. Boica, t. 9. p. 15. N. 9. a. 802. verb. sed antequam divisio. Cap. Ludov. Pii a. 819. c. 6. (*Georgisch*, p. 838).

2) Urk. über die Theilung von Budissin und Görlitz von 1268. (*Gercken*, cod. dipl. Brand. 1. p. 202. N. 121.) Erbtheilungsvertrag der Gebrüder Johann, Rudolph und Gottfried, Grafen von Habsburg, über die väterlichen und großväterlichen Güter v. J. 1354. (*Herrgott*, geneal. dipl. gent. Habsb. 3. N. 808).

3) a. a. O. Th. 1. S. 442 ff.

schaft gewisser Güter erst durch den Vertrag begründet, und eine Theilung der Einkünfte verabredet wurde:

Urk. Königs Philipp August v. J. 1179. (bei *du Fresne* v. Accolligere):

Henricus Abbas Bonae Vallis Senonis nos adiit, ibique nos socium et participem fecit, et, ut vulgo dicitur, accollegit in Villa, quae dicitur L.

Urk. Königs Ludwig 7. v. J. 1177. (ib. v. Colligere):

Notum facimus, — quod Hugo — nos collegit cum heredibus nostris et recepit in territorium de F. — eo quidem pacto, quod nos et Hugo *cum heredibus nostris et suis* dimidiabimus per omnia reditus et omnes exitus et justitias de F. [1])

Vergleich zwischen dem Bisch. Simon von Paderborn und dem Erzbisch. Conrad von Cöln v. J. 1256. (*Schaten*, annal. Paderb. 2. p. 84):

Ante omnia castrum Vilse destruetur; oppidum Saltzcotten manebit indestructum et cum omni ejus utilitate erit attinens aequali dominio et pro indiviso Archiepiscopo et Ecclesiae Coloniensi et Episcopo et Ecclesiae Paderborn. *perpetuo* — proventus ex hoc emergentes erunt communes et aequaliter participabunt.

Wenn Grundstücke den Gegenstand des Vertrages ausmachten, so war gerichtliche Auflassung nothwendig, welche natürlich eine gegenseitige sein mußte, wenn von beiden Seiten Grundstücke eingebracht wurden [2]). Soviel ist nun gewiß, daß eine solche gegenseitige Auflassung nicht so zu verstehen ist, als wenn jeder der Contrahenten das ganze Gut auf den andern übertragen habe, denn in diesem Falle

---

1) Urk. v. 1160. ib. v. **Aequilire**, v. 1265. u. 1267. ib. v. **Associare.**

2) Beseler, a. a. O. 1. S. 81 ff.

würde eine Vertauschung der Grundstücke, nicht aber eine Gemeinschaft, wie sie beabsichtigt wurde, entstanden sein[1]. Beseler ist, wie schon oben (S. 15) erwähnt wurde, der Ansicht, daß in Folge einer gegenseitigen Auflassung den beiden Tradenten ein gleiches Recht an den gemeinschaftlichen Gütern zugestanden habe, ohne daß man ideelle Theile unterscheiden könne, womit auch Bluntschli[2]) übereinstimmt, weil das charakteristische Merkmal einer römischen Societas, daß jeder Gesellschafter beliebig Trennung und Auseinandersetzung fordern dürfe, bei einer solchen Gemeinschaft ausgeschlossen gewesen sei; diese habe vielmehr nur mit gegenseitiger Uebereinstimmung, falls im Vertrage nicht etwas anderes verabredet sei, und zwar wieder nur durch gerichtliche Auflassung, aufgehoben werden können[3]).

Daß das durch eine Zusammentheilung in dem obigen Sinne vereinigte Vermögen als eine Masse angesehen wurde, war die natürliche Folge einer solchen Verabredung, und daher war es ganz consequent, daß, wenn die Gemeiner einem Grundherrn gegenüber besthauptpflichtig waren, das Mortuarium nicht so oft bezahlt wurde, als einer von ihnen starb, sondern nur dann, wenn der Aelteste mit Tode abging[4]), weil dieser, gleich wie der verstorbene

---

1) Liegt der gegenseitigen Auflassung ein Tausch zum Grunde, so wird dieses ausdrücklich hervorgehoben, z. B. in einer Urk. v. J. 1105 (*Origines Guelf.* 1. p. 497.) — „tradiderunt vicissim sibi unus alteri commutationis nomine". — Urk. v. J. 962. ib. p. 501, v. J. 967. ib. p. 505.

2) a. a. O. S. 445.

3) a. a. O. 1. S. 85. 86.

4) Bluntschli, a. a. O. S. 443. Recht zu Appenzell, (Grimm, Weisth. 1. 190). Oeffnung zu Petershausen, (1. 245). Oeff. zu Engwil, (1. 285). Oeff. zu Wagenhausen, (1. 290). Recht des Gotteshauses zu Weitnau, (1. 312). Weisth. zu Nuhein, (1. 816)

Vater, die ganze Familie repräsentirte; es folgt hieraus aber nichts für das Verhältniß, in welchem die einzelnen Genossen zu der Gesammtmasse standen.

Als eine eigenthümliche Wirkung der Gemeinschaft des Eigenthums nach deutschem Rechte wird, vornämlich von den ältern Juristen[1]), ein gegenseitiges Successionsrecht der Genossen behauptet, aber nicht bewiesen. Freilich wird es oft genug vorgekommen sein, daß auch gerade die Gewährung eines gegenseitigen Erbrechts, für den Fall, daß einer ohne Leibeserben versterben sollte, bei der Eingehung einer Gemeinschaft beabsichtigt wurde; aber es konnte dieser Erfolg nur durch eine besondere Verabredung herbeigeführt werden. In schweizer Oeffnungen findet sich allerdings die Bestimmung, daß diejenigen, welche Theil und Gemeinsame haben, den absterbenden Genossen, mit Ausschließung des außerdem succedirenden Grundherrn, beerben sollen:

Kyburger Oeff. (Grimm, a. a. O. 1. S. 22. §. 32): Item wo auch vngeteilte geschwistergit by ein andern hushablich sind, vnd teil vnd gemein mit einandern habent, die zu dem hus Kiburg gehörent, das die, die wile sy mit einandern in teil und gemein sind, einander erben söllent; wen aber sy von ein andern teilent vnd darnach an elich liberben von todes wegen abgand, so sol ein herr zu Kiburg sy — erben[2]),

welches Erbrecht auch noch Bluntschli[3]) dadurch erklärt, daß eben nur einer der Gesammteigenthümer wegfalle, und das gemeinsame Gut dem überlebenden Genossen verbleibe. Allein dieses Erbrecht beruhet eben so wenig auf einem

---

1) *Senckenberg*, prodromus juris feudal. p. 146 seq.

2) Oeff. zu Wagenhausen (Grimm, 1. 290).

3) a. a. O.

Gesammteigenthume der Genossen, als das Erbrecht der Blutsfreunde auf einem Gesammteigenthume der Familie (§. 13). Darauf will ich kein Gewicht legen, daß es eine unbegreifliche Armuth der Sprache verräth, daß derselbe Ausdruck erben sowohl von der Succession des Genossen, als der des Grundherrn gebraucht wird, obgleich der Grund der Erwerbung der Verlassenschaft für beide ein durchaus verschiedener ist. Eine andere von Bluntschli im Auszuge mitgetheilte Recension der kyburger Oeffnung gibt über die Bedeutung des Erbrechts des Genossen Aufschluß: „Ob Jemand mit dem andern In der gemeindt stuendi vnd dero eins vor dem andern abstürbi, so erpt das lebent des abgangnen teyl verlassen guot". Es erbt also der Ueberlebende des verstorbenen Theils hinterlassenes Gut, was doch offenbar vor der Succession in das Recht des andern Genossen, und nicht von einer mit dessen Tode eintretenden Consolidation verstanden werden muß. Langsdorff[1]) bezieht sich zum Beweise des aus der Gemeinschaft hervorgehenden Successionsrechtes auf eine Urk. v. J. 1361[2]),

---

1) In der in der Einl. S. 7. Note 1. angef. Diss. c. 2. §. 23.

2) *Glafey*, anecd. 1. N. 424: „Dominus Imperator dat consensum suum dilectis sibi Vlrico C. ab una et Wenczeslao, Theodorico ac Czenkoni fratribus de C. ipsius Vlrici patruis parte ab alia. Pincerne et familiares domestici fideles nostri nobis humillime supplicaverunt, quatenus eis ut ipsi omnia et singula bona ipsorum hereditaria mobilia et immobilia in unum possent componere et indivisi patrueles existere, eaque cum eorundem prouentibus utilibus et obuencionibus vniuersis in simul ac indivisim tenere habere, eisque vtifrui et gaudere taliter, quod eorum altero sine legitimis heredibus decedente bona sua omnia et singula quecunque, in quibuscunque rebus consisterent, in alios cederent, ac ad eos de jure tamquam indivisos eorum consanguineos et patruos et heredes ipsorum deuolui, sine quovis obstaculo sive contradiccione valerent".

in welcher dasselbe aber gerade als eine Folge der getroffenen Verabredung erscheint. Den ältern Juristen [1]) war es noch besonders angenehm, eine Bestätigung ihrer Ansicht in der Verordnung Constantins [2]) zu finden, daß, wenn von denjenigen, die der Kaiser gemeinschaftlich beschenkt hat, der eine ohne Erben verstirbt, der Theil desselben dem andern zufallen soll.

Das Successionsrecht der Gesammtbelehnten wird §. 11. und 12. erläutert werden.

Auch nach deutschem Rechte hatte die Gemeinschaft keine andere Folge, als die gleichmäßige Theilnahme der Genossen am Gewinn und Verlust.

Sächs. Landrecht 1. 12:

Svar brudere oder andere lüde ir gut to samene hebbet, verhoget se dat mit irer kost oder mit irme beneste, de vrome is ir aller gemene; dat selve is de scade [3]).

Die genauere Feststellung der Natur der durch gerichtliche Auflassung eingegangenen Gemeinschaft macht aber noch eine kurze Untersuchung über das Wesen der Auflassung nothwendig.

§. 5.

Begründung des gemeinschaftlichen Eigenthums durch gerichtliche Auflassung insbesondere.

Die gerichtliche Auflassung wurde von jeher ganz allgemein als die Form aufgefaßt, durch welche die Erwerbung

---

1) *Langsdorff* l. c.

2) l. un. C. si liberal. imper. socius sine herede decess. (10. 14).

3) Jura vetustissima civitatis Luneburgi a. 1247 (Dreyer, Nebenst. S. 374). Statuta Stadensia a. 1279. p. 2. §. 16. (*Senckenberg*, selecta, t. 6. p. 308. 309).

des Eigenthums (oder eines andern dinglichen Rechts) an Grundstücken vermittelt werden sollte; die Wirkung derselben war aber durch die besondere Verabredung der Parteien bedingt, ganz wie dieses bei der römischen Tradition der Fall ist. Man fand daher keinen Widerspruch mit dem Wesen der Auflassung darin, daß dieselbe unter einer Bedingung vorgenommen wurde, und zwar in der doppelten Fassung, daß die volle Wirkung der Auflassung bis zur Erfüllung der Bedingung hinausgeschoben, (Suspensivbedingung), oder daß die Auflassung unbedingt geschah, und nur der Rückfall unter einer Bedingung verabredet wurde, (Resolutivbedingung). Zuerst mag hier die bekannte Bestimmung des Art. 9. des lübischen Rechtes v. 1240. angeführt werden, welche die Statthaftigkeit der bei der Auflassung gemachten Beschränkungen ganz allgemein ausspricht: „dat si witlic, so welic man sin gewunnen gut vor ratmannen gifft — mit welekeme underschede he dat gifft, dat schal immer stede bliven"; eine Bestimmung, welche uns keineswegs nöthigt, die der Auflassung zugefügte Beschränkung von dem Vorbehalte des Nießbrauchs oder einer Rente zu verstehen.

Gegen die Statthaftigkeit einer Resolutivbedingung wird schon nach allgemeinen Grundsätzen kein Zweifel erhoben werden können, da dieselbe der regelmäßigen Wirkung der Auflassung, dem Uebergange des Eigenthums, nicht im Wege stehet. Nur darüber könnte etwa gestritten werden, ob mit der Erfüllung der Bedingung das Eigenthum unmittelbar an den Tradenten zurückfalle, oder ob dieser Erfolg nur durch eine Rückübertragung herbeigeführt werden könne, zu welcher der andere Contrahent obligatorisch verpflichtet wäre. Zuvörderst sollen nun einzelne Beispiele der Resolutivbedingung angeführt und dann die Wirkung derselben untersucht werden.

Es kommen unzählige Beispiele vor, wo bei Traditionen

an die Kirche von dem Tradenten zur Bedingung gemacht wird, daß das aufgelassene Gut fortwährend bei der Kirche verbleibe, und nie veräußert oder auch nur zu Lehen gegeben werde; für den Fall der Verletzung dieser Verabredung soll der Tradent und dessen Erben oder eine dritte genannte Person das Recht haben, das tradirte Grundstück entweder unentgeltlich, oder gegen eine geringe auf dem Altar niederzulegende Geldsumme als sein Eigenthum zurückzunehmen.

Neugart, cod. dipl. Al. 1. N. 250. a. 831: (Tradition.) Addito, ut nulli unquam in beneficium dentur: si autem datae fuerint, tunc soror mea Ch. si vixerit, vel quilibet proximus heres meus fuerit, ipsas res sibi vindicet, atque hereditario jure possideat.

Mon. Boica, t. 6. p. 61. N. 8. a. 1102—1134: — Hanc tradicionem ita stabilivit, ut si cuiquam in beneficium concederetur, ipsius proximus heres aureum nummum super altare imponat et in proprietatem ipsum fundum possideat [1]).

M. B. t. 7. p. 51. N. 5. a. 1138—1168: Notum sit — Gotescalcum — predium suum sancto Benedicto Burensi — tali ratione et conditione tradidisse, ut non habeat Abbas potestatem — exinde aliquem inbeneficiare, vel alicui vendere vel cambiare, quod si aliter factum fuerit, A. frater ejus Gotescalci habeat potestatem, predium hoc invadendi

---

1) App. Marculfi 26. *Martene* et *Durand*, veter. script. coll. t. 1. p. 141. a. 855. *Cod Lauresh.* 1. N. 40. a. 877. *Neugart*, l. c. N. 606. a. 894. Saalbuch des St. Peterstifts zwischen 988 und 1100. N. 7. (Kleinmayrn) Nachrichten von Juvavia, dipl. Anhang S. 291. Mon. B. t. 6. p. 38. N. 5. a. 1048-1068, p. 61. 62. 77. 100. 102. 119. zwischen 1102 und 1151.

et in usus suos convertendi — eandemque conditionem sue posteritati transmittat. Hujus *conditionis et traditionis* sunt hii testes. —

Außerdem finden sich noch Resolutivbedingungen verschiedener Art, z. B.:

Neugart, l. c. N. 324. a. 849:

Ego limina apostolorum Petri Paulique orationis gratia visitare cupiens, ignoransque varios itineris eventus, pro animae meae remedio aliquos proprietatis meae res ad loca sancta donare curavi. Trado igitur —. Ea videlicet ratione, *ut si de instanti itinere incolumis rediero, easdem res ad me recipiam*, proprio juri subjectas, si ita libitum tunc fuerit [1]).

Baluzii capit. 2. p. 1474. a. 860:

— Cedo ad ipsam Ecclesiam — casam meam dominicariam. — *Et si ego uxorem duxero et filios et filias mihi Deus procreaverit, ipsum conscriptum ad me reverti faciatis.*

Mon. B t. 4. p 78. c. a. 1180:

Quidam ministerialis — delegavit S. Marie in Frombach — integrum mansum Ch. et duos P. pro predio nostro N. ea ratione, ut mansus Ch. nobis in presenti serviat, alii autem duo post obitum suum et matris sue, sive heredem habuerit, sive non; *si autem herede caruerit predium nostrum*, quod nos ei dedimus, *etiam in usus nostros cedat.*

Ein Ministerial hatte dem Kloster Formbach drei Grundstücke vertauscht, eins in Ch., die beiden andern in P. gegen ein Grundstück in N. unter der nähern Verabredung, daß das Eigenthum der drei Grundstücke sogleich

1) *Mon. B.* 4. p. 43. c. a. 1130. Niesert, Münst. Urkundensamml. B. 2. N. 11. a. 1096. *de Guden.* cod. dipl. 2. p. 101. N. 73. a. 1252.

auf das Kloster übergehe, welches auch die Benutzung des Grundstücks in Eh. alsbald, die der beiden in P. dagegen erst nach dem Tode des Ministerialen und seiner Mutter erhalten solle; überdies soll das vom Kloster vertauschte Grundstück an dasselbe zurückfallen, wenn jener ohne Kinder versterben werde [1]).

Die Wirkung einer solchen Verabredung, durch welche der Rückfall des tradirten Grundstücks ausbedungen ist, wird in andern Urkunden ganz bestimmt dahin angegeben, daß die Tradition als nicht geschehen anzusehen sei, das Grundstück also unmittelbar, ohne daß es einer Rückübertragung bedürfe, zurückfalle.

Neugart, l. c. 1. N. 160. a. 806:

— trado res proprietatis mee ad — monasterium sancti Galli —. In eam vero rationem et convenientiam, ut querellas, quas contra me habetis per singula loca in D. ab hodierno die et deinceps — nullo unquam tempore non reppetatis. Vnde nos vobiscum una cum advocato vestro — bone pacis convenit, quod cum supra dicta traditione satisfacti fuissetis. Quod si iterum ipsas querellas contra me aut heredes meos reppettere volueritis, — tunc legitimi heredes mei potestatem habeant, *absque expectata traditione* ipsas res superius nominatas in eorum dominationem revocare.

Mon. Boica, t. 9. p. 370. zwischen d. J. 1082 u. 1096: Quidam nobilis nomine W. tradidit ad altare sancti Stephani — predium — in loco qui dicitur Rieda —

---

1) Ein Vorbehalt dieser Art ist bei den mit dem Erzstift Salzburg abgeschlossenen Tauschverträgen sehr gewöhnlich. (Codex tradit. zwischen 923. und 934. in den Nachrichten v. Juvavia a. a. O. S. 125 ff.; cod. trad. zwischen 963 und 976. das. S. 190 ff.)

post terminum vite sue et post obitum sue conjugis H — eo pacto, ut C. tunc temporis Abbas sibi retraderet illam curtem apud W — ad terminum vite sue et uxoris sue H. ut post illorum amborum finem predium cum retradita curte — ad idem altare respiciant. Quam retraditionem fecit idem Abbas. — Et si forte Episcopus aut Abbas postmodum hoc pactum ullo ingenio in vita illorum utrorumvis temerare studuerit, predii apud Rieda delegatio *penitus sit quasi nunquam facta* et ille W. vel illa H. tradent illud quocumque sibi libeat.

Mon. B., t. 7. p. 51. 52. zwischen d. J. 1138 u. 1168: Notificamus Dominum N. — vineam — sancto Benedicto — contulisse, ea scilicet conditione, ut Abbas non possit ulli in beneficium prestare, nec etiam nisi pro majore utilitate Monasterii vendere: quod si hec conditio fuit violata, proximus cognationis sue, dato aureo denario super altare sancti Benedicti possideat, *quasi a pregenitoribus hereditata*. Der Rückfall soll also eben so vor sich gehen, wie der Anfall eines Grundstücks durch Erbgang [1]).

Nach einem Schöffenurtheile [2]) hat eine Frau ihrem Manne „alle jhr gut vnd haußgerede frey vnd erblich auffgegeben, außnemende ob er (vor ihr) stürbe, daß dasselb jhr gut vnd haußgeredte wider an sie erben vnd kommen sol". Nach dem Tode des Mannes nehmen nun seine Erben dieses Vermögen der Frau gegenüber in Anspruch, und

1) Sollte den Contrahenten vielleicht nicht auch der Satz des sächs. Landrechts 1. 51. vorgeschwebt haben, daß der nächste Erbe sich eines ungültig veräußerten Grundstücks eben so unterwinden kann, als wenn der Veräußerer todt wäre?

2) Hinter Zobel's Sachsen Sp. 1. 12. 5.

behaupten: „die außnemung hab nicht macht noch krafft, vnd mög nicht bestehen, — darumb, das sie in jhren Schöppenbrieffen nicht beschrieben hat, das jhr unser freund das gut vnd haußgeredte vor gehegtem Dinge wider auffgegeben hat". Der Streitpunkt war also gerade der, ob der bloße Vorbehalt des Rückfalls hinreiche, oder ob nicht für den Fall der Erfüllung der Bedingung eine eventuelle Rückübertragung nöthig sei. Der Urtheilsspruch bestätigt jenes mit den Worten: „Nach dem mahl, das der man die gab von der frawen also empfangen vnd angenommen hat, so sol der frawen jhr gut bleiben in der weis als sie das vor gericht gegeben vnd außgenommen, von Rechts wegen".

Die Resolutivbedingung hatte daher nach deutschem Rechte ganz gleiche Wirkung wie nach römischem.

Aber auch die Suspensivbedingung, also die Verabredung, daß der Uebergang des Eigenthums erst mit dem Eintritte eines zukünftigen Ereignisses erfolgen solle, hielt man dem Wesen der Auflassung nicht zuwider. Die Zeugnisse der Quellen sind hier nicht minder zahlreich.

Meichelbeck, hist. Fris. t. 1. N. 425. a. 822: — omnem rem proprietatis meae in loco nominato Z. trado atque transfundo ad domum beatae Mariae —; hoc totum et integrum praeter XII. agros ad praefato domo Dei Genetricis dono ac deligabo, ut in aevum inconvulsum perduraret; post obitum vero meum ipsos agros ad jam dicto domo tenentur, *si mihi opus aliquam rem non contingat*. Die 12 Aecker waren unter der Bedingung übertragen, daß der Tradent dieselben nicht aus Noth veräußert haben werde.

Mon. B., t. 4. p. 27. N. 23. c. a. 1130: G. de T. delegavit ad eundem locum (monasterium Formbacense) dimidium predium suum — *ea con-*

ditione, ut si herede caruerit, ad prefatum locum deserviat, et si acquisierit ad ipsum pertineat [1]).

Mon. B. t. 6. p. 131. N. 10. a. 1154—1186.

Notum sit — quia nobilis vir Dux Ch. de D. tendens Jerosolimam, predium suum W. situm — post obitum ejus, eciamsi heredem habuerit, potestativa manu sua delegavit ad altare S. Quir. — Item eadem hora delegavit curtim R. sitam — ad altare predicti Mart. ea scilicet conditione, si de hac vita herede carens decesserit. Die erste Tradition ist eine unbedingte, das Eigenthum war sogleich übergegangen und nur der lebenslängliche Nießbrauch vorbehalten; die zweite ist bedingt durch den Fall des kinderlosen Absterbens.

M. B. t. 4. p. 279. N. 79. a. 1223:

— Chunradus — peregrinaturus ad limina sanctorum Apostolorum Petri et Pauli — contulit nobis libere ac liberaliter Molendinum — *ita, ut si ipsum redire non contingeret,* idem molendinum — *cederet in usus et proprietatem* fratrum Ecclesie sancti Nicolai — quod et factum fuit, quod ipse in ejusdem peregrinationis processu apud Veronam bono fine decederet in Domino et migraret.

de Gudeni sylloge 1. p. 242. a. 1262:

— omnia bona mea — super altare gloriose virginis Marie obtuli et Fratrum ibidem Deo famulantium usibus servitura donavi pro anime mee remedio, —

---

1) Saalbuch des St. Peterstifts N. 60. zwischen d. J. 988 und 1100. (Nachrichten von Juvavia, dipl. Anh. S. 301.) M. B. t. 4. p. 15. N. 4. p. 20. N. 9. c. a. 1146. p. 242. N. 32. c. a. 1150. p. 442. N. 39. a. 1234. t. 5. p. 463. N. 3. a. 1234. t. 7. p. 361. N. 10. a. 1172—1200. *Boehmer,* cod. dipl. Moeno-Francof. 1. p. 70. a. 1242.

ita videlicet, si Domino volente, me in mea presenti peregrinatione contigeret vitam finire, nec vivum ad propria remeare [1]).

Daß Auflassungen dieser Art nicht so verstanden werden können, als sei das Eigenthum durch dieselben unbedingt übertragen, und nur dessen Rückfall unter einer Bedingung festgesetzt, ergibt sich aus der bei diesen Traditionen angewendeten und von der, bei den oben mitgetheilten Beispielen der Resolutivbedingung gebrauchten ganz verschiedenen Wortfassung, welche über die Absicht des Tradenten keinen Zweifel läßt. Die Wirkung war auch hier die, daß, wenn die Bedingung nicht in Erfüllung ging, die Tradition als nicht geschehen angesehen wurde.

Mon. B. t. 4. p. 46. N. 59. c. a. 1140: Notum sit — quomodo Comes C. in Ungarice expeditionis preparatione predium — super altare sancte Marie delegavit, *si vite finem inibi expleret.* Post reditum vero hujusce expeditionis delegationem pristinam instaurans in remedium anime omni ambiguitate postposita post finem vite ipsi loco contradidit. Die zuerst unter einer Suspensivbedingung geschehene Auflassung war nämlich, da die Bedingung ausgefallen war, unwirksam geworden; der Tradent will aber dennoch, daß

---

1) Man bediente sich zu diesem Zwecke auch der Salmannen, welche erst dann, wenn die Bedingung erfüllt war, das Grundstück weiter übertrugen; M. B. t. 9. p. 401. a. 1138—1147. „G. de P. delegavit — predium in manus S. de F. — hac ratione, ut si ipse reversus non fuerit, delegetur per eum Ecclesie sancti Stephani"; t. 5. p. 331. N. 54. c. a. 1160. p. 337. N. 62. c. a 1170. t. 7. p. 46. N. 3. a. 1062—1090. t. 9. p. 431. a. 1156—1172. t. 10. p. 239. seq. N. 6. a. 1170. Beseler, Erbv. 1. S. 264 ff.

die Kirche das Grundstück erhalte, nimmt daher eine neue Auflassung vor, durch welche er dasselbe unbedingt, (omni ambiguitate postposita) unter Vorbehalt des lebenslänglichen Nießbrauches, (post finem vite) überträgt.

M. B. t. 7. p. 61. N. 5. a. 1138—1168: Notum facimus — quod tres nobiles fratres fuerint habitantes in predio suo apud C. quorum unus accepta uxore ex familia S. Benedicti tradidit ei partem predii, que sibi in divisione fratrum obvenerat: *ea scilicet conditione, ut si ipsi absque liberis vita decederent*, ipsum predium ad altare S Benedicti in loco Burensi in perpetuum attineret; sed ut hoc ratum et firmum foret, delegatum est in manus cujusdam viri ex familia S. Benedicti, qui ipsum predium ibidem delegaret, si ipsi absque herede de hac vita migrarent [1]). *Sed cum filium genuissent*, ejusdem predii heredem, idem ipse filius, jam in adulta etate, defunctis parentibus, prefatum predium — potestativa manu ad altare S. Benedicti cum delegatore suo — tradidit.

Boehmer, cod. dipl. Moeno-Francof. 1. p. 464. a. 1322: Wir V. ritter, schultheize, die scheffen und der rat zu Frankenvord bekennen, — daz W. — unse burger, vor uns stunt, und gab Gyselen siner elichen wirtin — die geseze, da he inne wonet, — also, weris daz he e abe ginge von todis wegen, dan sie, ane geburt, daz sie da mide mag dun und lazen, geben und giften allis daz ir wille ist —; wer aber, daz he kint hette mit ir und sie mit ime, so ist die gift alle intzwei. —

Da hiernach die Wirkung der Auflassung von der Ver-

---

1) S. die vorhergehende Note.

abredung der Parteien abhängig war [1]), so verstehet es sich von selbst, daß eine zu dem Zwecke vorgenommene Auflassung, um dadurch ein Grundstück gemeinschaftlich zu machen, auf den Empfänger auch kein anderes Recht übertragen habe, als zur Erreichung dieser Absicht nöthig war. Hierzu gehörte aber weiter nichts, als die Hervorbringung eines Miteigenthums nach ideellen Theilen, welche Wirkung auch unbezweifelt eintrat, wenn die Tradition ausdrücklich darauf gerichtet war [2]); aber die Absicht war auch hinreichend klar ausgesprochen, wenn nach dem der Auflassung zum Grunde liegenden Rechtsgeschäfte das Grundstück gemeinschaftlich werden sollte.

Die Wirkung einer gegenseitigen Auflassung, welche zu dem Zwecke vorgenommen wurde, um eine Gemeinschaft dadurch zu begründen, ergibt sich hiernach von selbst; jeder übertrug auf den andern nur einen ideellen Theil. Ganz deutlich ist ein solches Miteigenthum in folgender Urkunde v. J. 1444. erkennbar:

Schoettgen et *Kreysig*, dipl. et script. medii aevi t. 3. p. 110. N. 158:

Vor allen — luden bekenne wi Reymar von Plesse vnd Martin von Dorne vor vns vnd vnsen rechten eruen, Dat wi hebben vnd willen hebben ene rechte samede

---

1) Die Statthaftigkeit einer der Auflassung hinzugefügten Suspensivbedingung habe ich im neuen Rhein. Museum B. 1. S. 169. irrthümlich bezweifelt.

2) M. B. t. 9. p. 373. a. 1082–1096. „E. Comes de O. delegavit in manus sui militis G. — suum predium apud T. duas partes ejusdem predii delegandum sancte Marie, tertiam partem s. Stephano, quam traditionem fecit ita G. ut sibi delegatum est —. Tradidit itaque s. Stephano partem ejusdem predii in T. Vergl. d. zu Anfang des §. 4. mitgetheilten Urkunden.

hand In sulker nascreuen wise. So dat alle vse gud bewechlik vnd vnbewechlik — vs vnd vsen eruen schal horen vnd billeghen to ewighen tokomenden tüden an enen samenden, vnd scholen vnd willen de gudere vnd slote nicht entweyg delen, Men wi scholen mid den guderen vnd Sloten In enem sameden bliuen vnd sitten alse börne brodere". Wenn nach dem Tode eines oder beider Contrahenten die Erben nicht mehr in der Gemeinschaft bleiben wollen, so können sie zur Theilung schreiten, bei welcher den Erben eines jeden die Hälfte zufallen soll. „Och schole wy — Reymar vnd Martin edder vse eruen vser eyn dem anderen Ryne Schuld, de wi nu schuldich zyn rekenen Men vnse huuen vnd Slote schole wi vnd an beiden syden guit veig vnd los Antwarden, wes wi ouer na ghifft disses breues schuld maken, de schal vs an beyden siden halff vnd half ghelden—. Ock schole wi — Reymar vnd Martin edder vse eruen vser ey dem anderen dat vorscreuen gud vorlaten vnd In dat len bringhen vor vsen hern — — Ock so heff vser ey den andern wisen laten in de guter vor Schulten vnd buren alse dat eyn wonlick sede is in den landen —. Ock efft vns edder vsen eruen an beyden siden wes an den vorscreuen guderen anuallen mochte Id were lifgedink edder gud dat vte stunde to de losinghe dat schal vs vnd vnsen eruen an beyden siden ock to kommen vnd anuallen".

Das hier beschriebene Rechtsgeschäft hat durchaus kein eigenthümliches Gepräge. Zwei Personen kommen überein, ihr gesammtes gegenwärtiges und zukünftiges Vermögen sich gegenseitig mitzutheilen, und zwar die Grundstücke durch gerichtliche Auflassung in der Weise, daß für die bereits vorhandenen Schulden der Schuldner allein verhaftet bleibt, während die nach eingegangener Gemeinschaft contrahirten

von jedem halb getragen werden sollen. Für ihre Lebensdauer wird von den Contrahenten Unauflöslichkeit der Gemeinschaft verabredet, den Erben aber die Theilung gestattet. Die durch diesen Vertrag begründete gesammte Hand, wie die Contrahenten das Rechtsverhältniß wiederholt nennen, schließt sich an die societas omnium bonorum des römischen Rechtes sehr genau an.

§. 6.

Ueber die Beschränkung des Rechts auf Theilung eines gemeinschaftlichen Vermögens.

Die für die ersten Contrahenten oder auch für die Erben verabredete Unauflöslichkeit der Gemeinschaft, wie sie namentlich bei der unten zu erörternden Ganerbschaft die Regel ausmacht [1]), ist die hauptsächlichste Verschiedenheit, durch welche eine solche Gemeinschaft von einer römischen Societas abweicht. Das Verbot der Theilung hat man nun für so wesentlich gehalten, um eine auf diese Weise eingegangene Gemeinschaft von dem Begriffe der Societas ausschließen zu müssen [2]).

Es wird Jeder mit Beseler [3]) darin gern übereinstimmen, daß die für das Eigenthumsverhältniß Mehrerer zu derselben Sache im römischen Recht aufgestellten Begriffe der Universitas und Societas die beiden Extreme sind, innerhalb deren Grenzen eine große Mannigfaltigkeit von genossenschaftlichen Instituten sich bewegen kann; es muß ferner zugegeben werden, daß dem deutschen Recht in der That einzelne Verhältnisse bekannt sind, welche weder der

---

1) Vgl. auch die §. 4. abgedruckten Urk. v. J. 1177. u. 1256.

2) S. oben S. 36.

3) S. oben S. 13.

Universitas noch der Societas haarscharf entsprechen; es folgt daraus aber noch nicht, daß wir diesen deutschen Instituten eine ganz und gar eigenthümliche, unter die römischen Begriffe nicht zu bringende, Natur beilegen müßten. Das Wesen der Societas bestehet nämlich in der Anerkennung eines selbstständigen Rechtes der einzelnen Genossen, während bei der Universitas das Recht des Einzelnen völlig verschwindet. Was nicht aus diesen wesentlichen Elementen folgt, ist zufällig. Dahin gehört namentlich das jedem Communions-Interessenten zustehende Recht auf Theilung, so wie die Bestimmung, daß die Auflösung einer Societas mit dem Tode des einen Gesellschafters erfolgen soll. Mag die letztere Vorschrift darin ihren Grund haben, daß die Societät auf gegenseitigem Zutrauen beruhet, welches die Erben nicht gleichmäßig verdienen [1]), und hierdurch die Gesetzgebung zu der zweckmäßigen Verfügung veranlaßt werden, daß die Fortdauer der Gesellschaft für ihre Erben von den ersten Contrahenten auf eine rechtsgültige Weise gar nicht festgesetzt werden kann [2]); mag die fernere Bestimmung, daß die Verabredung der Unauflöslichkeit nicht einmal für die Contrahenten selbst verbindend sein soll [3]), durch die Erfahrung gerechtfertigt werden, daß die Gemeinschaft Streitigkeiten erzeuge [4]): zum Wesen der Gemeinschaft gehören diese Bestimmungen nimmer. Besondere Verhältnisse, wie sie in Deutschland auch zu den Erbeinigungen geführt haben, können daher gerade umgekehrt die Unauflöslichkeit der Gemeinschaft wünschenswerth erscheinen lassen, ohne daß man deshalb genöthigt wird, bei einer solchen Genos-

---

1) l. 65. §. 11. D. pro socio (17. 2).

2) l. 35. l. 52. §. 9. l. 59. eod.

3) l. 1. pr. l. 14. l. 70 eod.

4) l. 26. de serv. pr. urb. (8. 2.) l. 77. §. 20. de leg. 2. (31.)

senschaft den Begriff der Societas für unanwendbar zu halten. Schon das römische Recht weiset uns hier den Weg in der Bestimmung, daß die unter den Zollpächtern bestehende Societät durch den Tod des Einzelnen nicht aufgelöset wird [1]). Die Praktiker haben daher auch kein Bedenken getragen, die aus besondern Gründen getroffene Verabredung, daß die Societät unter den Erben fortdauern solle, für gültig zu erklären [2]).

Das bei der Gemeinschaft vorherrschende Recht des Einzelnen gehet durch das Verbot der Theilung nicht verloren; da jenes durch den Verkauf des ideellen Antheiles eben so wie durch Theilung realisirt werden kann. Daher ist denn auch die Veräußerung des Antheiles an dem untheilbaren Vermögen nicht blos bei den heutigen Actiengesellschaften gestattet, sondern findet sich schon viel früher bei der Wahre der Markgenossen, den Bergwerksantheilen (Kuren) und der Gemeinschaft der Ganerben.

§. 7.

Eventuelle, durch gerichtliche Auflassung gesicherte Eigenthumsrechte.

Die Entstehung eines Miteigenthums nach ideellen Theilen war nur dann die Folge der gegenseitigen Auflassung, wenn eine Gemeinschaft des Vermögens von den Contrahenten verabredet war. Diese Absicht lag aber nicht einer jeden Auflassung der Art zum Grunde; vielmehr konnte die Wirkung derselben nach dem Willen der Contrahenten, auf welchen alles ankommt, auch die sein, daß nur ein

1) l. 59. pr. l. 68. §. 8. D. pro socio.

2) *Strykii* U. M. P. lib. 2. tit. 2. §. 32. 33. wo auch ein hiermit übereinstimmendes Parere der leipziger Kaufleute mitgetheilt wird. *Wernher*, obs. t. 1. p. 1. obs. 167.

eventuelles Recht dadurch begründet werde, welches erst mit dem Eintritte eines zukünftigen Ereignisses in Wirksamkeit übergehen sollte, ohne daß bis dahin die bisherigen Eigenthumsverhältnisse eine weitere Aenderung erlitten hätten. Auf diese Weise sind die gegenseitigen Traditionen zu erklären, welche zu dem Zwecke geschahen, daß der Ueberlebende das ganze Vermögen erhalten solle. Namentlich bringe ich unter diesen Gesichtspunkt die *form. Lindenbrog.* 50, in welcher ich keine Spur des Gesammteigenthums erblicke, welches Beseler[1]) darin gefunden hat:

— Convenit inter venerabilem virum illum et uxorem illius — eo quod inter eos agnatio minime esse videretur, ut alter alteri de rebus eorum inter se condonare deberent. Quod ita et fecerunt. Dedit itaque venerabilis vir ille uxori suae — de rebus suis in pago — mansos tantos —. Similiter visa est reddere uxor — jugali suo — mansos tantos —. In tali vero tenore, ut quisquis de eis pari suo in hoc seculo superstes fuerit, omnes res quas dedit et quas accepit in suo jure et dominatione recipere debeat, habeatque tenendi, donandi, vendendi, commutandi heredibusque suis ad possidendum relinquendi liberam in omnibus potestatem. Ferner:

Mon. B. t. 30. par. 2. p. 161. N. 315. a. 1337: Wir — bekennen — daz fur vns chomen vre T. — vnd ir Euheim H. — also daz vre T. — vor vnser hat auf gegeben irem Euheim — iren tail, den weingarten halben — der auf vnsrer ober Chamer gehört, vnd dient mit Perchrecht vnd mit zehent, Der ir rechtz anerstorbens — erib ist —. Hat auch H. denselben weingarten halben — seinen tail hin wider vor vnser vnd mit vnsern

1) a. a. O. 1. S. 106.

hanten auf gegeben der vorgenanten vren T. seiner Muemen, Also beschaidenlich, Swelches vnder in paiden vor dem andern stirbet an erben, So sol der egenant weingart — dem andern ledichleich vervallen sein —. Ganz übereinstimmend hiermit ist eine Urkunde des 13. Jahrhunderts: Vier Geschwister, zwei Brüder H. K. und V. und zwei Schwestern haben die väterliche Erbschaft getheilt. »Tunc prefatus dominus H. K. dedit fratri V. germano suo portionem hereditatis sue, *si ipsum obire contingeret sine herede;* Similiter fecit frater V. domino H. germano suo«. Eben so lassen sich auch die beiden Schwestern gegenseitig ihr Vermögen auf[1]). Die gegenseitige Auflassung ist hier unter der Suspensiv-Bedingung geschehen, daß der eine oder andere Contrahent unbeerbt versterben werde.

Das dem bedingt Berechtigten zustehende Recht erhält durch die gerichtliche Auflassung seinen ganz bestimmten Charakter. Durch die Auflassung wird nämlich an demjenigen Objekte, welches ihren Gegenstand ausmacht, stets eine Gewere übertragen, ein Erfolg, welcher auch bei der bedingten Auflassung eintreten muß; die in diesem Falle entstehende Gewere ist, nach der Absicht der Parteien, eine eventuelle, für welche die auch im Lehenrechte zur Bezeichnung eines ähnlichen Verhältnisses gebräuchlichen Ausdrücke Anwartung, Anfall, *devolutio* vorkommen[2]). Dieses eventuelle Recht, welches Pauli[3]) sehr passend eine Gewere zu Anwartung nennt, ging mit der Erfüllung der Bedingung in ein gegenwärtiges über, und begründete dann gegen jeden Besitzer eine dingliche Klage. Während des Schwebens der Bedingung konnte der eventuell Be-

1) Zeitsch. d. Vereins f. hess. Gesch. u. Landeskunde B. 3. H. 1. S. 46.
2) Pauli, Abhandl. aus dem lüb. R. Th. 2. S. 35 ff.
3) a. a. O. S. 64.

rechtigte jede zum Schutze seines zukünftigen Rechtes nöthige Sicherheitsmaasregel ergreifen, und daher auch namentlich durch seinen Widerspruch eine Veräußerung verhindern; denn hätte er diese Befugniß nicht gehabt, so würde seine eventuelle Gewere durch die rechte Gewere des neuen Erwerbers völlig unwirksam gemacht worden sein. Die ältern Quellen lassen über das Verbot der Veräußerung zu Gunsten des eventuell Berechtigten auch kaum einen Zweifel. So darf nach *L. Rothar.* 173. derjenige, welcher sein Vermögen einem andern auf den Todesfall aufgelassen hat, nur im Falle echter Noth die Grundstücke veräußern, eine Befugniß, die auch oft ausdrücklich ausbedungen wird [1]), und in einem von Kopp [2]) mitgetheilten Protokolle vom J. 1528, in welchem mehrere Geschwister die auf den Todesfall vorgenommene Auflassung wieder aufheben, wird hinzugefügt: „also das ydes mit dem seinen zu thun und zu laßen hat mit seinem Gut wie jme eben und gelegen ist, als wer dieß Vererbung nye gescheen"; vor der Aufhebung mußte also eine Beschränkung der Dispositionsbefugniß bestanden haben. Umgekehrt konnte aber der bedingt Berechtigte seine eventuelle Gewere mittelst gerichtlicher Auflassung auf einen Andern übertragen, wie schon Pauli [3]) durch Anführung mehrerer Beispiele aus dem vierzehnten Jahrhunderte dargethan hat.

---

1) *de Gudeni* cod. dipl. 3. p. 764. a. 1289. *de Falckenstein*, cod. dipl. Nordgav. N. 92. a. 1285. N. 101. a. 1291. N. 116. a. 1296. und die S. 45. abgedr. Urk. v. J. 822.

2) De testamentis Germanorum p. 208.

3) a. a. O. Th. 2. S. 38. Th. 3. S. 187.

Zweiter Abschnitt.

Die einzelnen unter dem Begriffe des Gesammteigenthums zusammengefaßten Rechtsverhältnisse.

Die Reihenfolge, in welcher die einzelnen Rechtsverhältnisse erörtert werden, als deren Grundlage man ein Gesammteigenthum angenommen hat, ist insofern willkürlich, als unter denselben durchaus kein innerer Zusammenhang bestehet [1]). In der nachfolgenden Untersuchung sind diejenigen Institute vorangestellt, bei welchen sich zu einzelnen Erörterungen, die zur Erläuterung anderer dienen können, die passendste Gelegenheit darzubieten schien.

I. Die Vergabungen von Todes wegen.

§. 8.

Ansichten der neuern Juristen über das Wesen der Vergabungen von Todes wegen.

Die Vergabungen, durch welche Jemand ein einzelnes Grundstück und später auch das ganze Vermögen von Todes wegen einem Andern zusicherte, geschahen mittelst der ge-

---

1) A. M. Phillips s. ob. Einl. S. 19. ff.

richtlichen Auflassung. Daher nimmt Pätz[1]) an, daß auf den Promissar das Eigenthum sogleich übergegangen sei, jedoch nicht unbeschränkt, indem der Tradent die lebenslängliche Benutzung „cum parte dominii“ behalten habe; später sei dagegen an die Stelle der Auflassung der einfache Vertrag getreten, welcher dem Vertragserben nur die dem nächsten Erben am Erbgute zustehenden Rechte gewährt habe. Zur Erläuterung bezieht sich Pätz auf das den Erbverbrüderten zustehende Recht, welches er §. 24. als „jus aliquod *in praesenti bene radicatum*“ bezeichnet, mit dem weitern Zusatze: „confratres, quo firmius manebat jus succedendi reciprocum, ita omnino inter sese egisse, *ut in communionem quandam proprietatis se recipientes condominium juris Germanici (Sammteigenthum) quodammodo sibi transferrent.* Gegen diese, auch von Eichhorn[2]) und Phillips[3]) vertheidigte Ansicht, daß der Vertragserbe in das Gesammteigenthum aufgenommen worden sei, erklärte sich vornehmlich Albrecht[4]), da sich das Recht des Vertragserben als Gewere zu Eigenthum darstelle, welcher gegenüber das Recht des Tradenten als lebenslänglicher Nießbrauch (Gewere zu Leibzucht) erscheine, wie dieses insonderheit bei einem der Kirche übergebenen und als Precarei zurückempfangenen Grundstücke der Fall gewesen sei. Daß die Vergabungen von Todes wegen mit dieser Wirkung vielfach geschehen seien, gibt Beseler[5])

1) Comment. successione universali per pactum promissa an et quatenus promittenti facultas de bonis inter vivos disponendi adeınta sit, 1801. §. 3 et 4.

2) Rechtsgesch. §. 374. 455. deut. P. R. §. 168. 344.

3) Deut. P. R. §. 24. der ersten u. Th. 2. S. 139. der zweit. Ausg.

4) Gewere S. 190. ff.

5) a. a. O. Th. 1. S. 71. ff.

freilich zu, behauptet aber, daß auch Fälle vorkämen, in welchen das bei dem Tradenten verbleibende Recht nicht als bloßer Nießbrauch, sondern ebenfalls als Eigenthum, erscheine. „Die Vergabungen von Todes wegen", führt derselbe S. 70. ff. dieses weiter aus, „hatten das besondere Ziel, jemanden eine Sache so zuzuwenden, daß ihm ein gesichertes Recht daran eingeräumt werde, ohne den Veräußerer während seines Lebens in der Benutzung derselben zu hindern. Die erste Aufgabe scheint durch die angewandte Form der Auflassung vollständig gelöst; aber schwieriger ist die Beantwortung der Frage, auf welche Weise sich das Verhältniß des Auctors gestaltet habe. Es ließe sich denken, daß ihm ein bloßes persönliches Recht geblieben sei; aber diese Annahme paßt nicht für die Eigenthümlichkeit des deutschen Rechts in Verhältnissen des Grundbesitzes, und findet auch nirgends in den Quellen ihre Bestätigung. Dem Auctor blieb vielmehr ein dingliches Recht. Dieses nun traf mit demjenigen zusammen, welches durch die Auflassung erworben war, woraus eine gegenseitige Beschränkung entstehen mußte, die wiederum möglicher Weise von doppelter Art sein konnte. Entweder stellte sich das eine Recht als das vorzüglichere dar, welches, obgleich temporär beschränkt, doch seinem Wesen nach frei war, und also die Fähigkeit und die Bestimmung in sich trug, es später würklich zu werden; das andere hingegen als das an Umfang und Dauer geringere; oder auf beiden Seiten war die Lage von gleicher Wirksamkeit und Bedeutung, so daß der Unterschied nur in dem letzten Zweck des Geschäfts begründet war, welches das ganze Verhältniß hervorgerufen hatte. Der Zweck der Vergabungen von Todes wegen ist nicht auf die eine oder andere Weise ausschließlich erreicht worden; sondern die Quellen zeigen, daß die beiden so eben angedeuteten Fälle zur Anwendung gekommen sind, indem dem

Tradenten entweder bloße dingliche Nutzungsrechte oder das Gesammteigenthum an den aufgelassenen Grundstücken blieb". Die erste Form, heißt es weiter, sei sehr häufig bei Traditionen an die Kirche gewählt worden, und eine solche Theilung der dinglichen Rechte habe, da sie gleichmäßig den Grundsätzen des römischen und deutschen Rechtes angemessen gewesen sei, von der spätern Doctrin nicht mißverstanden werden können. Schwieriger stelle sich dagegen das Verhältniß in denjenigen Fällen dar, wo der, dem von Todes wegen etwas zugewendet worden, durch die Auflassung, eben so wie es nach der ersten Form des Geschäfts geschehen, Proprietätsrechte erhalten, der Auctor aber nicht als Nutznießer, sondern auch als Eigenthümer gegolten habe, so daß hier keine Unterordnung dinglicher Rechte vorhanden, sondern das Eigenthum an derselben Sache gleichzeitig mehreren Personen zuständig gewesen sei. Der Zweck des Geschäfts, aus welchem dieses gemeinschaftliche Eigenthum entstanden, habe ein Miteigenthum im Sinne des römischen Rechts unbedingt ausgeschlossen, da eben ein Recht an der ganzen Sache habe übertragen werden sollen. Als Grundlage des ganzen Verhältnisses müßte daher das Gesammteigenthum angenommen werden, da dessen charakteristisches Merkmal, Theilung der im Eigenthume liegenden Proprietätsrechte vorhanden gewesen sei[1]). Abgesehen davon, daß die Verfügung über eine im Gesammteigenthume befindliche Sache gemeinschaftlich habe geschehen müssen, sei die Wirkung desselben für den, an welchen die Auflassung geschehen, nur eine negative gewesen, die sich in der Beschränkung des Dispositionsrechts des bisherigen Alleineigenthümers gezeigt habe; diesem sei stets die ausschließliche Benutzung verblieben, so daß hierin beide Verhältnisse, die Uebertragung

---

1) Beseler, a. a. O. S. 93.

des Eigenthums mit vorbehaltenem lebenslänglichen Nießbrauche und die Aufnahme in das Gesammteigenthum völlig übereingestimmt hätten[1]). Die Möglichkeit dieses Gesammteigenthums erläutert Beseler in der oben (S. 13. ff.) angegebenen Weise, und gehet dann auf dessen Beweis genauer ein[2]). Zu diesem Zwecke theilt derselbe eine Urkunde vom J. 778.[3]) in folgendem Auszuge mit: — ego E. — abba proprii juris mei pertinentia ad alode mea in — F. post obitum meum firmavi ad domo Dei —. Deinde — ego E. et advocatus praedictorum fratrum R. tradidimus praedictam rem in beneficium H. — und folgert daraus, daß eine solche gemeinschaftliche Verfügung auf beiden Seiten Proprietätsrechte voraussetze. Allein in ihrem Zusammenhange hat diese Urkunde einen ganz einfachen Sinn. Nach Deinde folgt nämlich: ego ipse seu una mecum omnes fratres in praedicto loco — dederunt hoc in beneficium nepote meo H. Ea vero ratione, ut si praedictus H. diutius superstes mihi fuisset annis singulis exinde censum redderet —. Et in ipso tenore, ut post obitum H. pro remedio animae meae — confirmatum in perpetuum stet ad supra dictum locum. — Ego E. etc. Der Grund, aus welchem der Tradent und der Vogt des Klosters, an welches die Auflassung auf den Todesfall geschehen war, die Verleihung des tradirten Gutes an den H. gemeinschaftlich vornehmen, weiset hiernach auf ein ganz anderes Verhältniß als das Gesammteigenthum hin. Für die Dauer seines Lebens hätte nämlich der Tradent für sich allein die Benutzung des Gutes dem H. gewähren können;

---

1) Beseler, a. a. O. S. 146. 147. 177. ff.

2) Beseler, a. a. O. S. 91. ff.

3) *Meichelbeck*, **hist. Fris. t. 1. N. 68.** (auch in den **Mon. B. t. 9. p. 12.** abgedruckt).

dieselbe würde jedoch mit dem Tode des Tradenten aufgehört haben, weil von diesem Zeitpunkt an das Eigenthum dem Kloster unbeschränkt zugefallen wäre. Da der Tradent aber wünschte, daß auch nach seinem Tode der **H.** im lebenslänglichen Genusse verbleibe, so mußte auch das Kloster seinerseits der Verleihung beitreten.

„Zufolge einer andern Urkunde", fährt Beseler (S. 91) fort, „sind einer Kirche zwei verschiedene Zuwendungen gemacht: die Wirkung der ersten war das Gesammteigenthum, wodurch die Schenker nur in ihrer Dispositionsfreiheit beschränkt wurden; bei der zweiten ging die Sache gegen einen Zins zum Nießbrauch zurück". Diese Urkunde v. J. 1260. lautet nun so:

de Gudeni cod. dipl. 2. p. 139:

— E. — et H. uxor sua manu communicata — (1) duos mansos — ecclesie — pure et absolute contulerunt, post mortem eorum jure proprietario perpetuo possidendos: ita quod idem E. et H. cum dictis duobus mansis nichil juris aut potestatis habent vendendi, obligandi, commutandi aut faciendi, quod eorum fuerit voluntatis. — (2) Preterea dicti E. et H. resignaverunt libere et absolute unum mansum — et a pred. ecclesia pro annuali censu — ad tempus vite receperunt.

In Folge beider Traditionen ist jedoch das Eigenthum ausschließlich übergegangen, denn die Ausdrücke pure et absolute contulerunt und resignarunt libere et absolute sind ganz gleichbedeutend, und die Verschiedenheit beider Zuweisungen bestehet nur darin, daß bei der ersten Tradition die lebenslängliche Benutzung unentgeltlich, bei der zweiten dagegen gegen einen jährlichen Zins vorbehalten ist. Beseler legt aber ein besonderes Gewicht darauf, daß es bei der ersten Tradition heißt: *post mortem* eorum jure pro-

prietario possidendos, so daß also das Eigenthum mit der Auflassung noch nicht vollständig übergegangen, vielmehr auch der Tradent, jedoch mit Beschränkung der Dispositionsbefugniß, Eigenthümer verblieben sei. „Häufig ist es jedoch nicht mit Bestimmtheit zu sagen, welches von beiden Rechtsverhältnissen, ob ein Gesammteigenthum oder die zuerst genannte Scheidung in Eigenthum und Leibzucht im einzelnen Falle vorliegt. Ich bin indessen geneigt, im Zweifel mich für das erste zu entscheiden und es regelmäßig da anzunehmen, wo von einem »**tradere post obitum**« „geben und vorreichen nach dem Tode" die Rede ist; denn der letzte Zweck des Geschäfts wurde dadurch erreicht, ohne daß von einem besondern Vorbehalte oder einer Rückübertragung die Rede zu sein brauchte" [1]. Die Bedeutung dieser Formel wird im folgenden Paragraphen erklärt werden. Als Wirkung des Gesammteigenthums führt Beseler den Umstand an, daß die Vertretung gegen Dritte gemeinschaftlich habe geschehen müssen, wenn sie nicht einem Berechtigten besonders übertragen worden sei. Für die Nothwendigkeit einer solchen gemeinschaftlichen Vertretung führt jedoch Beseler keinen Beweis, welcher aber auch, wenn er erbracht wäre, uns nicht nöthigen würde, dieselbe durch die Annahme eines Gesammteigenthums zu erklären; denn die Eigenthumsgewere des Empfängers und die Leibzuchtsgewere des Tradenten kann sehr wohl beide zur gemeinschaftlichen Verfolgung ihres bedroheten Rechtes befähigen.

Beseler [2]) legt nun auch insonderheit der im alten fränkischen Rechte vorkommenden eigenthümlichen Form der Vergabungen von Todes wegen (der Affatomie) die Wirkung bei, daß dadurch ein Gesammteigenthum begründet worden

---

1) Beseler, a. a. O. S. 146.

2) a. a. O. §. 7.

sei; allein die davon handelnden Stellen der **lex Sal. tit. 49.** und **Ripuar. tit. 48.** und **49.** weisen darauf eben so wenig hin, als die schon oben (S. 54) angeführte **form. Lindenbrog. 50.** und auf gleiche Weise entbehrt dessen Ansicht[1]) über die gleiche Wirkung des longobardischen Thinx einer genügenden Begründung.

§. 9.

Ueber die Bedeutung des *tradere post mortem* und die Wirkung sowohl einseitiger als gegenseitiger Vergabungen von Todes wegen.

Durch die bei den Vergabungen von Todes wegen[2]) angewendete gerichtliche Auflassung erlangte derjenige, an welchen dieselbe geschehen war, ein dingliches Recht (Gewere), über dessen Natur man aber, wie sich aus dem vorhergehenden Paragraphen ergibt, nicht einig ist. Eine unbefangene Prüfung der Quellen dürfte es jedoch außer Zweifel setzen, daß in Folge der Auflassung das Eigenthum überging, wenn nicht ein besonderer Vorbehalt gemacht worden war, welcher aber in dem *tradere post mortem*

---

1) a. a. O. §. 8.

2) Oefters wird bei den Vergabungen von Todes wegen der Ausdruck **heredem facere** gebraucht; z. B. in einer Urk. zwischen den Jahren 1101 und 1128. (*Guérard*, **collect. des cartulaires de France t. 2. p. 311) — ego Guilielmus abbas et tota congregatio fratrum Carnotensis cenobii noticie plurimorum palam esse curavimus, quod — Gualterius — adiit nostram presentiam cum uxore sua —. Qui cum essent (add. sine) prole Deum et Sanctum Petrum omnium bonorum suorum** ***heredem fecerunt;*** **ita quod quicquid possessionis haberent, post obitum utriusque totum haberemus.** Vergl. **Mon. B. t. 3. p. 298. N. 168. a. 1215.** die unten abgedr. Urk. v. 1267 und 1315. Beseler a. a. O. S. 17.

nicht liegt. Die verschiedenen, bei den Traditionen in dieser Beziehung gebrauchten Clauseln sollen weiter nichts ausdrücken, als daß der Tradent den lebenslänglichen Nießbrauch behalten wolle. Dahin gehören folgende:

Meichelbeck, l. c. N. 6. a. 760:

— propriam hereditatem firmavi ad domum publicum Beatae Genitricis Dei — *ut post obitum meum habeat potestatem defensor atque possessor fieri.*

N. 20. a. 769:

— trado et transfundo casas — vel quicquid in eodem confinio possideo *ut post obitum meum ipsius Ecclesiae ditioni deserviat* [1]).

N. 21. a. 769:

— meum post obitum cuncta quae possedi — tradedi ad praenotatum Oratorium — in beneficium utendi a manu praenotati Episcopi diebus vitae meae suscepi, et post obitum illuc in perpetuum stabilivi.

N. 65. a. 779:

Ego — tradidi et uxor mea omnia quod habuimus ad Ecclesiam — *ut post obitum meum stabilis* fuisset[2]).

N. 108. a. 791:

— propriam hereditatem meam dono atque transfundo *ab hodierno die, ut post obitum meum* — totum ex integro ad possidendum ad praedictum locum tradidi atque confirmavi [3]).

Wegen der Mannigfaltigkeit des Ausdrucks mag hier noch folgende Urkunde einen Platz finden:

de Gudeni sylloge 1. p. 249 a. 1267:

Judices Wormatienses — profitemur, quod — Ar-

1) Ibid. N. 14. N. 98.

2) Ibid. N. 67. a. 775.

3) *Neugart*, cod. dipl. Al. 1. N. 73. a. 779.

noldus — et Mergardis uxor ipsius legitima, volentes Dominum Jesum Christum et B. Mariam virginem — bonorum suorum constituere sibi successores et heredes, omnia bona eorum infra scripta — monasterio Schonaugiensi communicata manu et unanimi voluntate, sani mente et corpore, liberaliter contulerunt et tradiderunt *pleno jure*. Ita quod *post mortem* ipsorum conjugum bona omnia ad Abbatem et Conventum monasterii Schonaugiensis jure proprietatis et dominii debeant *totaliter* pertinere —. Adjecerunt etiam predictis dicti conjuges, quod eis ambobus pariter viventibus, volunt in possessione predictorum bonorum permanere; post mortem vero alterius eorum, conjux superstes per modum alienationis qualiscunque nichil possit omnino disponere vel ordinare de predictis bonis omnibus, nisi hoc placeat et expediat Abbati et Conventui prelibatis et de ipsorum libera procedat voluntate. — statuerunt prefati conjuges, immo voluerunt per omnia, quod *post mortem* ipsorum amborum — abbas et Conventus sint *veri domini* dictorum bonorum omnium et totum jus habeant in eisdem, quod ipsis viventibus competebat.

Die hier neben andern vorkommenden Wendungen: *post mortem* ipsorum — bona omnia ad abbatem — jure proprietatis et dominii debeant *totaliter* pertinere und *post mortem* ipsorum abbas et Conventus sint *veri domini* erhalten durch den Zusammenhang ihre unzweifelhafte Erklärung, obwohl sie mit mehr Recht, als ein einfaches tradere post mortem, auf das bei dem Tradenten verbleibende Eigenthum bezogen werden könnten.

Besonders klar ergibt sich die Bedeutung des post mortem tradere aus einer Vergleichung der bei *Schannat*, trad. Fuld. vorkommenden Clauseln. Ist nämlich bei der

Tradition kein Vorbehalt gemacht, so wird regelmäßig hinzugefügt, daß das Kloster auch augenblicklich in die Ausübung des Eigenthums eintreten solle:

N. 44. a. 775:

— Donamus a die praesente donatumque in perpetuum esse volumus, ita tamen ut ab hoc die habendi donandi vendendi — habeatis potestatem [1]).

Eben so bestimmt wird dagegen aber ausgesprochen, daß das tradere *post mortem* den Eigenthumsübergang nicht hindere:

N. 237. a. 812:

— ea scilicet ratione ista trado, *ut a die praesente — redeat in vestrum Dominium*, *postque obitum* meum vos et successores vestri firmam et incontradictam in omnibus habeatis *potestatem* [2]). Nach dem Tode soll also das Kloster in die Ausübung des Eigenthums eintreten, dieses selbst aber mit der Tradition schon erwerben.

N. 131. a. 798:

— trado ad Sanctum Bonifacium — quicquid habeo in pago V. — *a die praesente post obitum meum* — ea scilicet ratione, ut post obitum meum supradictam rem vos et successores vestri habere, facere, possidere — habeatis potestatem [3]).

Rechtsgeschäfte der Art, nicht blos mit Klöstern, sondern auch mit andern Personen eingegangen, kommen ganz in derselben Weise noch spät vor, und erscheinen ganz un-

---

1) N. 30. 31. 32. 45. 47. 49. a. 771. Eine kürzere Formel lautet: N. 361. a. 824. — ut a die praesente in potestatem supra dicti Martyris — redeat; N. 362. 364 366. 367. ej. a. N. 386. a. 826.

2) N. 100. a. 792.

3) Vergl. die S. 70. aus *de Gudeni* c. dipl. 2. p. 443. abgedruckte Urk. v. J. 1277.

zweifelhaft als Uebertragung des Eigenthums, mit vorbehaltenem lebenslänglichen Nießbrauche, und sind daher auch geradezu als Schenkungen unter Lebendigen öfters aufgefaßt worden:

Schoepflin, hist. Zaringo-Badens. t. 4. dipl. N. 217. a. 1315:

Nos officialis curie Basiliensis notum facimus — quod — Lutholdus de B. — *donatione simplici inter vivos* dedit, donavit et tradidit Heinrico — praesenti et recipienti universas municiones castra villas — retento tamen et expresse reservato ipsi donatori pro tempore vite sue duntaxat — libero usufructu; Et predictus Dominus Lutholdus salvo hujusmodi usufructu predictas municiones, castra, villas et alia omnia bona prenominata et proprietatem et dominium eorundem ad manus prefati — donatarii libere et absolute resignans —

Wuerdtwein, dioec. Mog. t. 2. p. 363. N. 116. a. 1405:

— Insuper dicta donatrix de consensu expresso dicti Mengoti filii sui — *donatione pura inter vivos* dedit, donavit ac titulo donationis concessit dicto domino Hermanno pro se et heredibus suis et in ipsos transtulit sua bona mobilia et immobilia, presentia et futura, reservatis tamen ipsi donatrici et Mengoto filio suo predicto usu et usufructu — per totum tempus, quo ipsos Deus agere voluerit in humanis, transferens etiam ipsa donatrix una cum dicto Mengoto — per calami porrectionem et traditionem melioribus modo, via, jure causa quibus melius potuit et debuit omne jus et proprietatem ac possessionem bonorum predictorum, que die et hora presenti habuit, et constituit eundem dominum Hermannum

donatarium pro se et heredibus suis verum dominum et proprietarium omnium bonorum predictorum, salvo sibi et filio suo M. usu et usufructu eorundem [1]). Eine post mortem geschehene Tradition war daher gleichbedeutend mit der, welche ohne diesen Zusatz, jedoch unter ausdrücklichem Vorbehalte des lebenslänglichen Nießbrauches vorgenommen war. Dieses ist auch Albrecht's [2]) Ansicht, welcher aber, wenn ich ihn recht verstehe, darin irret, daß er es als eine nothwendige Folge jeder Auflassung ansieht, daß die Gewere zu Eigenthum auf den Beschenkten übergehe; denn nach den im §. 5. gegebenen Nachweisungen konnte die Auflassung auch unter einer Suspensivbedingung geschehen, also in der Weise, daß das Eigenthum erst mit dem Tode des Tradenten dem Kloster zufiel.

Durch die Möglichkeit, die Wirkung der Auflassung durch die bei derselben getroffene Verabredung näher zu bestimmen, war nun auch ein Mittel gegeben, die dem Tradenten namentlich dann sehr lästige Beschränkung der Veräußerung (§. 7.), wenn das ganze Vermögen den Gegenstand der Auflassung ausmachte, dadurch zu beseitigen, daß er sich die freie Verfügung ausdrücklich vorbehielt. Eine solche Nebenbestimmung gehört nicht erst, wie Beseler [3]) anzunehmen scheint, der spätern Entwickelung des Institutes an, sondern findet sich schon in Marculf's Formeln. So kommt daselbst [4]) bei einer Tradition von Grundstücken nebst den darauf angesessenen Unfreien neben dem Vorbehalt

---

1) *de Gudeni* cod. dipl. t. 2. p. 445. a. 1285. t. 3 p 182. a. 1320. *Boehmer*, cod. dipl. Moeno-Francof. t. 1. p. 339. 340. a. 1301. und die S. 73. abgedr. Urk. v. J. 1315.

2) Gewere S. 192. ff.

3) a. a. O. S. 148. 191.

4) Form. Marc. II. 3.

des lebenslänglichen Nießbrauchs auch noch die Verabredung vor, daß es dem Tradenten gestattet sein solle, einzelne Unfreie zu manumittiren [1]), und nach der S. 45. abgedruckten Urkunde v. J. 822. sollen einzelne der tradirten Grundstücke dem Kloster nur dann zufallen, wenn der Tradent nicht genöthigt gewesen sei, dieselben zu veräußern [2]). Ferner:

Mon. B. t. 10. p. 240. N. 6. a. 1170:

— Ea autem conditione prelibata predia obtuli, si in hac vitâ viam universe carnis ingressus fuero, vel repatrians *aliud inde non disposuero.*

de Gudeni cod. dipl. t. 2. p. 443. a. 1277:

C. de K. et E. uxor — universa bona sua — post obitum utriusque ipsorum Fratribus — Theut. et Monast. Dnar. in T. — donatione publica et solempni jam nunc facta — contulerunt; quod quam diu ambo vixerint — universa bona predicta usualiter emendo, vendendo, ac alia que bona et utilia eis visa fuerint, cum ipsis disponendo — deberent possidere; *ita quod quicquid vel quantum de bonis eisdem post utriusque obitum ipsorum remanserit*, ad pred. Fratres — et Monasterium — equa divisione in duas partes facta devolvatur [3]).

Es konnten daher die Vergabungen von Todes wegen in der doppelten Form vorkommen, entweder daß auf den Promissar das Eigenthum alsbald überging, und bei dem Tradenten nur eine Gewere zu Leibzucht verblieb, oder

---

1) *Meichelbeck*, l. c. N. 369. a. 819.

2) *Boehmer*, cod. dipl. Moeno-Francof. 1. p. 141. 142. a. 1267; p. 236 vergl. mit p. 239. a. 1288; p. 260. a. 1291.

3) *de Gudenus*, l. c. t. 5. p. 111. a. 1304. Kulm. Recht von 1388. B. 4. A. 13. 21 und 22. Schöffenurtheil hinter Zobel's Sachs. Spiegel 1. 12. 4.

letzterer das volle Eigenthum (mit oder ohne Veräußerungsbefugniß) behielt, während der Promissar nur ein bedingtes Eigenthum erlangte.

Nach dieser und der im §. 5. gegebenen Ausführung wird es nicht schwierig sein, die Wirkung einer gegenseitigen zu dem Zwecke geschehenen Auflassung, daß der Ueberlebende das Ganze erhalte, zu bestimmen. Von mehreren hierauf bezüglichen Urkunden, welche Kopp[1]) mittheilt, mögen hier folgende wieder abgedruckt werden:

Urk. v. J. 1516:

Item vff hude ist erchynenen Michelbachs Cuntz, Ludwig vnd Elßs jre Schwestere, vnd han sich alle druwe gejrbt, jr eins das ander, welches vndter enen abgehet, sollen die andern dasselbige Gudt jrben — vnd seindt alle druwe obgnte ye eyns jn des andern Gudt vnd farende habe gesetzt vnd gewert, mit handt halm vnd Mondt, wie ditzs geriechts gewonheyt, recht vnd alt herkomen ist[2]).

Urk. v. J. 1537. (S. 209.):

An heut ist vor Gericht erschienen Koch Hentz unnd Elsa seine Hausfraw, unnd habenn — eins dem andern alle seine guter, farendts oder ligents, so sie ererbt, unnd in stehender Ehe errungen unnd erwunden haben, gentzlichen ubergebenn unnd zu gestellt, also das under jnen beiden das letzt lebend soliche guter jnhaben, nutzen unnd brauchen, vor sich behalten, damit zu thun unnd zu laßen habenn, als ander jren eigen gutern, unnd demnach uf desselben Erbenn khomen unnd gefallen; daruff

1) De testamentis German. judicialibus p. 206. seqq.

2) Auf diesen Schluß ist kein Gewicht zu legen, denn bei andern Auflassungen ganz derselben Art, welche Kopp gleichfalls mittheilt, (Urk. v. 1548. S. 213. v. 1558. S. 215.) wird der Einweisung in den Besitz nicht erwähnt.

seint beide Eheleut je eins in des andern guter gesetzt unnd gewert, wie Recht.

Eichhorn[1]) und Beseler[2]) finden hier die solchen Vergabungen zum Grunde liegende Idee des Gesammteigenthums besonders klar ausgesprochen, wogegen sich aber schon Albrecht[3]) mit Recht erklärt hat. Nach dem Zwecke solcher Auflassungen, die schon sehr früh unter Ehegatten vorkommen, sollte der Ueberlebende entweder den Nießbrauch des ganzen Vermögens, welches nach dessen Tode dann den gesetzlichen Erben zufiel, oder das Eigenthum, mit dem Rechte, darüber beliebig zu verfügen, erhalten. Von dem ersten Falle redet:

Lex Rip. Tit. 49:

Quod si adfatimus fuit inter virum et mulierem, post discessum amborum *ad legitimos heredes revertatur*, nisi tantum, qui parem suum supervixerit, in eleemosyna vel in sua necessitate expenderit; und

Marculfi form. 2. 7.:

— ego — et te dulcissima conjux mea illa, dum et inter nos filiorum procreationem minime esse videtur, ideo convenit nobis, ut omne corpore facultatis nostrae invicem usufructuario ordine condonare debeamus. Quod ita et fecimus. Proinde dono tibi, dulcissima conjux mea, si mihi in hunc seculum superstis fueris, omni corpore facultatis meae, tam de alode, aut de comparatum — ita ut dum vixeris usufructuario ordine valeas possidere vel dominare — quantumcunque de alode nostra post discessum pro communi mercede ad loca Sanctorum legaliter condonare et

---

1) Rechtsgesch. §. 455. Not. g.
2) a. a. O. Th. 1. S. 92. 93.
3) Gewere S. 194. Not. 490.

delegare volueris, hoc licentiam habeas faciendi — in reliquo vero omnes res ipsas, quantum post tuum discessum intestamentum remanserit, *ad nostros legitimos revertatur heredes.* Auf gleiche Weise läßt auch die Frau dem Manne ihr Vermögen auf [1]).

Ein Fall der letzten Art ist in der oben (§. 7.) mitgetheilten form. Lindenbrog. 50. enthalten, und in:

de Gudeni cod. dipl. t. 3. p. 126. N. 101. a. 1315: Nos Judices et Scabini Civitatis Wetslariensis notum facimus — quod G. et H. germane, Begine — constitute in figura Judicii coram nobis obtinuerunt per Sentenciam a nobis juste latam, quod una aliam et e converso, possit in omnibus bonis suis legitime hereditare. Hereditabat se itaque mutuo et una aliam suam faciebat heredem in omnibus bonis suis mobilibus et immobilibus, — que habebant, aut quomodolibet acquirere possent in futurum, irrevocabiliter inter vivos; sic sane ut post obitum unius omnia bona sua alteri superstiti et nulli alteri remanere deberent.

Eine Gemeinschaft des beiderseitigen Vermögens wurde durch eine solche gegenseitige Auflassung nicht begründet. Jeder verblieb wie bisher der Alleineigenthümer des Vermögens, und war nur in der freien Verfügung darüber durch das dem andern eingeräumte eventuelle Recht (§. 7.) beschränkt, falls dieselbe nicht über das Ganze oder einen Theil vorbehalten war, wovon oben schon die Rede gewesen ist. Die Auflassung war unter der Suspensivbedingung geschehen, daß der andere Contrahent den Tradenten überleben würde. Diese der gegenseitigen Auflassung zum Grunde liegende Absicht der Parteien erhellet auch aus folgender Urkunde:

---

1) Vergl. Marc. form. I. 12.

Thomas, der Oberhof zu Frankfurt a. M. S. 455. v. J. 1378:

Item daz G. B. und G. sin eliche wirtin for mich und die Schefen — an uffin gerichte quamen und gab ir eins dem andirn uff mit gutem willen — jr jecliches dem andirn alle sine gute, eigen und erbe und farende habe irsucht und unirsucht, also bescheidenlichen, welchys zum irstin abe ginge von dotes wegen under jn beiden, daz daz andir mit demselben gude mochte dun und laßen waz iz geluste.

Ganz übereinstimmend hiermit finde ich die von Pauli[1]) aus dem 13. Jahrhunderte mitgetheilten Inscriptionen des lübecker Ober-Stadtbuches, welche auch in dem Falle, wo sich zwei Ehegatten ihr Vermögen gegenseitig aufgelassen haben, von einer dadurch hervorgerufenen Gemeinschaft des beiderseitigen Vermögens nichts enthalten; wiewohl ich nicht leugnen will, daß nach der Absicht der Contrahenten eine solche begründet werden konnte, welche dann aber ein Miteigenthum nach ideellen Theilen gewährte (§. 5.).

Das durch die vorstehende Ausführung gewonnene Resultat ist auch für das heutige Recht nicht ohne praktisches Interesse. Während man über die Wirkung des universellen Erbvertrages jetzt im Ganzen einig ist, herrscht dagegen über die des singulären eine große Meinungsverschiedenheit. Stryke[2]) sagt über die Wirkung eines Erbvertrages unter Ehegatten, ohne zwischen dem universellen und singulären zu unterscheiden: Nunc ad effectus hujus pacti veniamus. Talis est, quod haec *conventio* jus *reale* hereditarium anomalum praesenti alteri in bonis alterius constituat, vi cujus jus succedendi recta sine traditione in eventum

1) a. a. O. Th. 2. S. 63.

2) De succ. ab intest. diss. 8. c. 5. §. 24.

mortis transit. — Quod jus reale et bona promittentis afficit, ita ut alienationem illorum impediat. Ebenso behauptet derselbe in dem Abschnitte von den Erbverbrüderungen[1]), daß durch den Vertrag ein »jus reale firmissime radicatum« erworben werde; jedoch mit dem Zusatze: ac ficta quaedam traditio intervenisse bonaque per constitutum possessorium statim translata censentur. Die Ansicht Eichhorns[2]) ist folgende: „Sofern eine einzelne Sache der Gegenstand des Vertrags ist, überträgt er auch noch jetzt ein sofort wirksames Recht an dieser, kraft dessen der Vertragserbe das Eigenthum mit dem Tode des Erblassers erwirbt und sie daher von jedem Dritten vindiciren kann; für Schulden haftet ein solcher Vertragserbe nur, sofern sie vor dem Erbvertrage contrahirt sind, und das übrige Vermögen nicht ausreicht". Die Note c. enthält hierzu die Bemerkung: „Daß wir diesen Grundsatz ohne die Form der Uebertragung des Gesammteigenthums anwenden, hat wohl kein Bedenken. Allein wo eine gerichtliche Handlung zur Erwerbung eines Rechts an unbeweglichen Sachen gehört, muß jene auch als Bedingung einer solchen Würksamkeit eines Erbvertrags betrachtet werden". Diese Ansicht ist besonders von Albrecht[3]) bekämpft worden. Das neuere Recht habe nämlich einen Erbvertrag über Mobilien im Widerspruche mit dem ältern auch dann als gültig anerkannt, wenn gleich die Uebergabe derselben bei Lebzeiten des Gebers nicht erfolgt sei. Die Wirkung eines solchen Erbvertrages, daß der dadurch Bedachte nur diejenigen Sachen erhalten habe, welche nach Bezahlung der Schulden übrig geblieben, weshalb auch eine Veräußerung aus echter

---

1) L. c. diss 8. c. 7. §. 30.

2) Deut. P. R. §. 344.

3) Gewere, S. 206. f.

Noth gültig gewesen, müsse für das heutige Recht auch dann gelten, wenn Immobilien den Gegenstand des Erbvertrags bildeten, da auch für diese, sofern sie wohlgewonnenes Gut gewesen, die bei Mobilien übliche Vertragsform, in welcher keine Uebertragung der Gewere gelegen, für zulässig betrachtet worden sei. Albrecht[1]) gibt dem Vertragserben selbst dann nicht, wenn der Geber ohne Noth veräußert hatte, eine dingliche Klage, weil die Gewere, die hierzu nöthig gewesen wäre, nunmehr bei dem Tode des Erblassers gar nicht auf den Honorirten überging, nachdem sie jener durch die Veräußerung verloren hatte. Die Anwendung der den gesetzlichen Erben in einem solchen Falle sichernden Fiction, daß bei unbefugten Veräußerungen der Geber als gestorben angesehen werde, damit der Erbe die Gewere empfange, und dadurch zur Revocationsklage berechtigt werde, hält Albrecht auf das Verhältniß des Vertragserben nicht für zulässig. Der Honorirte habe nur eine persönliche Klage gegen den Erben, und außerdem höchstens einen Anspruch auf Sicherheitsleistung gegen den Geber.

Zu demselben Resultate gelangt auch Beseler[2]): „der Bedachte erhält also eine Klage gegen den Erben des Schenkers auf Herausgabe oder Leistung der geschenkten Sache oder ihres Werthes; der Anspruch stellt sich als eine Forderung heraus, die als Erbschaftsschuld betrachtet, vor andern keinen Vorzug in Anspruch nehmen kann: dazu und um dem Beschenkten ein dingliches Recht zu verschaffen, würde die Bestellung eines Pfandrechtes nöthig sein. Bei dem Leben des Schenkers hat der Beschenkte kein Recht

1) a. a. O. Note 528.

2) a. a. O. Th. 2. B. 1. S. 228. Vergl. Mittermaier, deut. P. R. §. 454.

geltend zu machen". Gegen die Ansicht Eichhorn's wendet derselbe folgendes ein [1]):

a) Es werde zwischen dem hier behandelten Geschäfte und den Vergabungen von Todes wegen ein Zusammenhang angenommen, welcher sich historisch nicht nachweisen lasse.

b) Man berufe sich auf die Wirkung der Auflassung, welche durch den Vertrag ersetzt werden solle, führe dieses aber nicht consequent durch, indem man den Uebergang des Eigenthums erst nach dem Tode des Tradenten setze, (während doch nach älterem Rechte durch die Auflassung sogleich Eigenthum übertragen sei, entweder ein Gesammteigenthum oder ein privatives, nur durch den lebenslänglichen Nießbrauch des Tradenten beschränktes,) man nehme vielmehr von den im Gesammteigenthume liegenden Rechten nur soviel heraus, als nöthig erscheine, um den Bedachten sicher zu stellen, daß ihm zur gehörigen Zeit der Anfall der Sache auch etwas nütze.

c) Dieses Recht, welches man ihm in der Zwischenzeit beilege, habe keinen bestimmten juristischen Charakter, da es weder persönlich sei, noch auch unter eine Art der bekannten dinglichen Rechte falle. Denn das Eigenthum bekomme der Bedachte erst später; ein Erbrecht habe er auch nicht, eben so wenig ein blos accessorisches Recht zum Schutze seines Anspruchs, also ein diesem Verhältnisse ganz eigenthümliches Recht, welches weder in dem alten deutschen, noch in dem römischen Rechte begründet, eben so wenig aber aus modernen Rechtsprincipien construirt werde.

d) Im ältern deutschen Rechte habe kein dingliches Recht durch Vertrag bestellt werden können; da jedoch das römische Recht für die Uebertragung des Eigenthums die Tradition festgehalten habe, so liege hierin die Regel für

---

1) Beseler, a. a. O. S. 220. ff.

diese Verhältnisse, weil im Eigenthum alle möglichen dingliche Rechte umschlossen seien. Um also jene Deduction des Erbvertrages an einzelnen Sachen zu rechtfertigen, müsse man nachweisen, daß im neuern deutschen Rechte der Vertrag an die Stelle der Tradition oder Auflassung getreten sei, oder wenigstens treten könne, was bis jetzt noch nicht geschehen sei.

Es ist nun allerdings nicht zu rechtfertigen, nachdem statt der im ältern Recht erforderlichen Auflassung das neuere eine andere Form der Vergabungen von Todes wegen für zulässig erklärt hatte, die gerade durch die Auflassung bedingten Wirkungen auf die neue Form zu übertragen; mit andern Worten: der einfache Vertrag kann nicht die Wirkung der Auflassung haben. Allein darin kann ich mit Beseler nicht übereinstimmen, daß durch die Auflassung jedesmal ein gegenwärtiges dingliches Recht begründet worden sei. Die alte Auflassung gestattete eine ganz gleiche Behandlung wie die römische Tradition (§. 5.), und ich habe auch kein Bedenken, den heutigen s. g. singulären Erbvertrag mit den alten Vergabungen von Todes wegen in unmittelbare Verbindung zu setzen [1]). Wenn zu dem Erbvertrage über eine einzelne Sache dasjenige Moment hinzugekommen ist, welches die Erwerbung des Eigenthums nach heutigem Rechte bedingt, also die Uebergabe und bei Immobilien außerdem [2]) die Mitwirkung des Gerichts, so ist auf denjenigen, dem die Sache auf den Todesfall zugesichert ist, ein dingliches Recht unbezweifelt übergegangen.

---

1) A. M. Beseler, a. a. O. Th. 2. S. 225. ff.

2) Eine Ausnahme machen natürlich diejenigen Partikularrechte, welche, wie das kurhessische (Pfeiffer, prakt. Ausf. Th. 1. S. 155.) die gerichtliche Confirmation allein, ohne Tradition des Grundstücks, zur Uebertragung des Eigenthums für hinreichend erklären.

Diesem Rechte mangelt es auch nicht an einem bestimmten juristischen Charakter: es ist Eigenthum. Nach den Bestimmungen des Vertrages kann dasselbe nämlich entweder sogleich als ein gegenwärtiges Recht auf den Empfänger übergehen, während bei dem Geber nur die lebenslängliche Benutzung verbleibt, oder es ist das übertragene Recht ein bedingtes Eigenthum, welches mit dem Tode des Gebers zu einem unbedingten wird [1]).

Als ein Geschäft der ersten Art erscheint sehr oft die bäuerliche Gutsabtretung [2]). Dieselbe geschieht nämlich in der Weise, daß der bisherige Colon seinem Nachfolger das Gut gerichtlich übergibt, und sich entweder auf die Leibzucht zurückziehet, oder, und dieses ist unser Fall, auf gewisse Jahre oder auf Lebenszeit die Herrschaft vorbehält [3]). Der neue Erwerber wird in diesem Falle in der Regel in das Gut mitaufgenommen; er hilft dem Tradenten in der Bewirthschaftung, und ißt an dessen Tische. Durch die Uebergabe des Gutes ist das alleinige Eigenthum übergegangen, allein die Ausübung der darin enthaltenen Rechte ist durch den Vorbehalt der Herrschaft beschränkt [4]). Diese umfaßt, wie Runde [5]) sich ausdrückt, nur die Leitung des Hauswesens und den Nießbrauch des Gutes.

---

1) Daß neben dieser unwiderruflichen Schenkung unter Lebendigen auch noch eine römische **mortis causa donatio** vorkommen kann, bedarf kaum der Erwähnung. (Hasse, im rhein. Mus. Jahrg. 3. H. 1. S. 17. ff. Beseler, a. a. O. Th. 2. S. 227. A. M. Schirach, im civ. Archiv B. 2. S. 315. ff.)

2) Beseler, a. a. O. Th. 2. B. 2. §. 23.

3) *Moeller*, **diss. de adsignatione bonorum parentali cuidam liberorum facta, vulgo vom Anschlage der Güter, Marb. 1764.** Lennep, Leihe zu Landsiedelrecht S. 674. Runde, Leibzucht 2. §. 12.

4) Pfeiffer, prakt. Ausf. 4. S. 141. 194. und der S. 275. ff. N. 54. mitgetheilte Rechtsfall.

5) a. a. O.

II. Die Belehnung zur gesammten Hand.

§. 10.

Einleitung[1]).

Im longobardischen Lehenrechte hatte sich die Erblichkeit der Lehen nach und nach dahin erweitert, daß jedem lehensfähigen Descendenten des ersten Erwerbers ein Successionsrecht zukam; in Deutschland dagegen blieb man dabei stehen, daß das Lehen nur vom Vater auf den Sohn (Enkel) vererbt werde[2]). Die mehreren Brüder succedirten aber nicht miteinander in das Lehen des Vaters; denn der Lehensherr brauchte nur einem die Belehnung zu ertheilen, über dessen Person sie sich innerhalb des Zeitraums von Jahr und Tag vereinigen, und ihren Entschluß dem Lehensherrn bekannt machen mußten. Geschah dieses nicht, muthete vielmehr jeder für sich allein das Lehen, so wählte der Lehensherr denjenigen aus, welchen er zu seinem Vasallen annehmen wollte[3]). Wenn die mehreren Brüder beim Anfalle der Succession noch nicht sämmtlich mündig waren, so konnte diese Vereinbarung nicht zu Stande kommen; der Mündige muthete dann einstweilen das Lehen für sich, und erhielt auch die Belehnung, jedoch unbeschadet des Rechtes seiner noch unmündigen Brüder, welche, wenn sie das gesetzmäßige Alter erreicht hatten, auch ihrerseits die Be-

---

1) Das schwäbische Lehenrecht und der Richtsteig ist nach dem Abdrucke im corp. jur. Germ. von K. v. Königsthal citirt (die in Parenthese stehende Zahl bezieht sich auf die Ausg. von v. Laßberg), die übrigen Lehenrechtsquellen nach Senkenberg's corp. jur. feudalis.

2) Sächs. Lehenr. Art. 6. 21. Vet. auct. de benef. 1. §. 24. 25. Schwäb. Lehenr. 18. (42). Jus feud. ex morib Bav. c. 34.

3) Sächs. Lehenr. 31. V. A. 1. 76. Schw. Lehenr. 33. (56.) Richtst. Lehenr. 22. 23.

lehnung begehren konnten. Daher mußte der belehnte mündige Bruder dem Lehensherrn versprechen, ihn gegen die von den mündig gewordenen Brüdern später zu erhebenden Ansprüche zu vertreten. Der Beliehene mochte sich nun, wenn seine Brüder mündig geworden waren, mit ihnen darüber vereinigen, daß er das Lehen behalten könne; gelang ihm dieses aber nicht, so wählte der Lehensherr nunmehr denjenigen aus, welcher das Lehen empfangen sollte [1]). Die Belehnung des einen Bruders ist daher nicht so zu verstehen, als wenn derselbe als Provasall im Namen aller beliehen worden sei. Bei der Vereinbarung der Brüder über die Person des Vasallen mochte regelmäßig ausgemacht werden, wie die andern abgefunden werden sollten, aber auch ohne eine ausdrückliche Verabredung hierüber hatten dieselben einen Anspruch nach Landrecht auf eine anderweite Entschädigung bei der Theilung des väterlichen Nachlasses [2]). Nach dem Grundsatze, daß das Lehen nur vom Vater auf den Sohn vererbt werde, waren die andern Brüder für immer von der Succession ausgeschlossen; es fiel daher, wenn der Belehnte ohne lehensfähige Erben verstarb, das Gut an den Herrn zurück.

Wenn nun gleich der Lehensherr nicht verbunden war, die mehreren Brüder sämmtlich zu belehnen, so kommt es doch schon früh vor, daß er sich freiwillig dazu verstand [3]).

---

1) V. A. 1. 78. Schw. L. R. 32. (57) Richtst. 22.

2) Rechtsbuch nach Distinct. 1. 20. 12. (Ortloff, Sammlung deutsch. Rechtsq. S. 47) Ist ouch daz mer brudere sin wan eyne adder zcwene, den ouch lengud anerstorben ist, do doch der herre eynen son met belent hat an sines vater len, doch ist nicht lantrecht, daz her is alleyne behalde: he erstate es sinen brudern nach deme also es sich geboret an der teylunge. Sächs. Landr. 1. 14. §. 1. Albrecht, Gew. Note 666.

3) Schw. L. R. 32. §. 5. (57) Leihet aber der herr von den

Eine solche Mitbelehnung bewirkte aber nicht, daß jeder der Belehnten in einen selbstständigen Nexus zu dem Herrn getreten wäre, wie dieses bei der Coinvestitur des longobardischen Rechtes der Fall ist; es mußten sich vielmehr die Mitbelehnten über einen unter ihnen vereinigen, welcher für sie alle den schuldigen Lehendienst leistete [1]). Keiner der Mitbelehnten konnte zum Nachtheile der andern, z. B. durch Refutation an den Lehensherrn, über das Lehen, auch nicht theilweise, verfügen [2]); bei dem kinderlosen Absterben des einen verblieb das ganze Lehen den Mitbelehnten [3]), welches nicht blos wenn Geschwister, sondern auch wenn andere Personen die Mitbelehnung empfangen hatten, der Fall war [4]). Diejenigen, welche auf diese Weise miteinander beliehen wurden, empfingen das Lehen mit gesammter Hand, d. h. gemeinschaftlich (§. 3); sie hatten das Lehen in gleicher Gewer und theilten die Nutzungen.

Aber die von dem Lehensherrn den mehreren Brüdern aus Gnade ertheilte Belehnung war für dessen Nachfolger nicht verbindlich, welcher vielmehr verlangen konnte, daß die Mitbelehnten, so lange sie das Lehen noch nicht getheilt hatten, einen aus ihrer Mitte zum Empfange der Belehnung präsentirten [5]); so daß also hier ganz dasselbe Ver-

---

genaden unnd nit von recht in allen das lehen, so sollen sy die gewer mit einander haben oder sy habend an dem lehen kein recht.

1) Sächs. L. R. 8. Schw. L. R. 82. (16. §. 3) Richtst. 11. u. 14.

2) Sächs. L. R. 8. u. 43. Schw. L. R. 81. §. 2. (16. §. 2.)

3) Schw. L. R. 4. §. 3. (4. §. 2.)

4) Schw. L. R. 4. §. 4. (4. §. 3.)

5) Schw. L. R. 61. §. 2. in der v. laßberg. Ausg.: Ob me lüte danne ein man mit einem gut belehend seind, und nüt geteilt sint mit dem gude, ir keiner mag gevolgen an einen andern herren, ob ir herre stirbet wan ein einig man. V. A. 1. 85: Si plures uno in-

hältniß eintrat, wie nach dem Tode des Vasallen, dessen sämmtliche Söhne der Lehensherr nicht belehnen wollte. Dagegen hatte jeder Mitbelehnte das Recht, auch ohne Einwilligung des Lehnsherrn die Theilung des Lehens zu verlangen [1]), durch welche aber die gleiche Gewer gebrochen wurde; jeder Abgetheilte hatte nunmehr seinen Theil als selbstständiges Lehen, welches auf seine Descendenten vererbt wurde, und nach deren Abgange an den Lehensherrn zurückfiel [2]). Diese nachtheilige Folge der Theilung konnte abgewendet werden, wenn sich der Lehensherr dazu verstand, den Abgetheilten gegenseitig die Anwartschaft zu ertheilen [3]); allein es wurde hierdurch das gegenseitige Successionsrecht doch nicht in dem Umfange wieder hergestellt, wie es vor der Theilung bestanden hatte, weil an dem Gedinge keine Folge war [4]). Die Mitbelehnten blieben daher in der Regel in dem gemeinschaftlichen Besitze des Lehens und vereinigten sich nur über eine Mutschirung, worunter man später [5]) eine Theilung der Nutzungen, oder eine widerruf-

---

beneficiati beneficio et non separati fuerint, domino mortuo non nisi unus illud sequatur in alium dominum. Sächs. L. R. 34.

1) Sächs. L. R. 34. Man mac vil brudern ein gut lihen, ob sie ez mit gesameter hand imphahen und gliche gewere daran haben, wollen sie aber sich scheiden mit deme gute, sie teilen ez unter sich ane des herren urloub wye si wollen. **V. A. 1. 83. 84.** Schw. L. R. 37. §. 1. 2. (61.) Richst. 28. Kaiserr. p. 3. c. 9.

2) Sächs. L. R. 34. **V. A. 1. 84** Schw. L. R. 37. §. 3 (61.) Kaiserr. p. 3. c. 12. et 25.

3) Sächs. L. R. 34. **V. A. 1. 84. Sed postea** (nach der Theilung) **illorum nullus in parte alterius aliquod jus habet, cum alter obierit, nisi susceperit a domino exspectationem in beneficio.**

4) Albrecht, Gew. S. 283.

5) Mutschirung bedeutet auch eine wirkliche Theilung der Substanz (*Schilter*, **gloss. p. 620.** *Kuchenbecker*. anal. **Hass. 8. p. 374.**

liche auf bestimmte Zeit beliebte Theilung (Oerterung), etwa zum Zwecke der besseren Cultur und Verwaltung, verstand [1]), im Gegensatze der unwiderruflichen Theilung (Erb- oder Grundtheilung, Dateilung, Thattheilung [2]).

Da wo das longobardische Recht nicht durchdrang, sondern der Satz des deutschen in Geltung blieb, daß das Successionsrecht der Seitenverwandten durch Beibehaltung des gemeinschaftlichen Besitzes bedingt sei, hielt man später den Lehensherrn für verbunden, den mehreren durch eine Civil- oder Naturaltheilung sich scheidenden Brüdern in jenem Falle am ganzen Lehen, in diesem an den Theilen der andern, die Belehnung zu ertheilen, wodurch die Mitbelehnten ein eben solches Successionsrecht erlangten, als wenn sie in der wirklichen Gemeinschaft des Lehens geblieben wären [3]). Für diese Art der Belehnung wurde der Ausdruck Belehnung zur gesammten Hand gleichfalls gebräuchlich.

Nach dieser Einleitung wenden wir uns nun zur Beantwortung der Frage, aus welchem Gesichtspunkte das Recht der Belehnten bei den beiden Arten der Belehnung zur gesammten Hand aufzufassen ist.

Urk. v. J. 1296; *Estor*, de partit. terrar. illust. §. 68. in comment. et opusc. N. 13.)

1) *Wernher*, pract. obs. V. Mutschirung.

2) Eichhorn, Rechtsgesch. §. 428. Note e. Der Ausdruck Dateilung findet sich schon in einer Urk. v. J. 1280. (*Estor*, l. c. §. 11) Vergl. *de Guden.*, cod. dipl. 3. p. 16. Urk. v. J. 1303, *Senckenberg*, Selecta, t. 2. p. 39. Urk. v. J. 1367., p. 42. Urk. v. J. 1368.

3) Eichhorn, Rechtsgesch. §. 428. 567.

§. 11.

Von der Belehnung zur gesammten Hand nach den Rechtsbüchern.

Die ältern Juristen stimmen darin völlig überein, daß durch die in den Rechtsbüchern des Mittelalters vorkommende Belehnung zur gesammten Hand, welche den gemeinschaftlichen Besitz und Genuß des Lehens gewährt, den Mitbelehnten ein *dominium utile in solidum pro indiviso* gegeben worden sei [1]). Den Widerspruch dieses solidarischen Eigenthums mit den Grundsätzen des römischen Rechtes glauben sie durch die Behauptung beseitigen zu können, daß das deutsche Recht andere Grundsätze befolge. „Quamvis igitur,“ sagt Bauer [2]), „jus civile regulam habeat, quod duo ejusdem rei domini in solidum esse non possint, (l. 5. §. fin. commod. l. 19. §. 3. de cast. pecul.) non tamen sequitur eam jus Germanicum, sed investitura pluribus data *unicuivis totius rei beneficiariae dominium tribuit utile. Concursu quidem simul investiti suo modo partes faciunt,* (arg. l. 3. de usufr. accresc.) *verum tamen uno eorum deficiente reliqui in ejus portionem non tam succedunt, quam eam vi suae retinent investiturae.*“ Ferner: „Quilibet enim de beneficio *in solidum est investitus, nec ante peractam divisionem certa ejus pars alicui propria est.* Quam rationem ipsum jus feudale Saxonicum c. 32. exprimit verbis: Denn was einer nicht theilweise empfangen hat, des mag er auch keinen theil weder vorgeben, vorleihen noch aufflassen.“ Diese Ansicht wird nach Zachariä's [3]) Vorgange auch noch von

---

1) *Schilter*, cod. jur. Alem. feud. ad c. 3. §. 6.

2) de origine et progressu communis Saxonum manus (1746) §. 11. u. 20. (in opp. t. 2. p. 200. u. 203.)

3) Heidelb. Jahrb. 1823. S. 903.

Pfeiffer[1]) festgehalten[2]). Andere Juristen, obwohl sie der Sache nach hiermit einverstanden sind, suchen blos durch die Art des Ausdruckes das dem römischen Rechte widerstreitende dominium plurium in solidum zu vermeiden. So sagt Kind[3]) „Dum natura simultaneae investiturae secundum Longobardorum sententiam ita fert, ut vi illius dominium feudi utile cuilibet ex simultanee investitis non in solidum seu pro indiviso, sed tantum pro rata seu diviso collatum esse censeatur: illa vero, quae Germanis usurpata est, omnibus de feudo communi investitis *dominium feudi utile in solidum tribuit.* — Etenim cum simultanea investitura, qua pluribus idem feudum principaliter confertur, ex moribus majorum pro indiviso concessa intelligatur, adeoque hi omnes conjunctim investiti intuitu feudi communis *pro una habeantur persona*, ipsa illius investiturae indoles exigit, ut uno ex coinvestitis compossessoribus feudi sine prole mortuo, superstites feudum, quod hactenus penes omnes fuit, jure suo *in solidum* consequantur"[4]). Dieser Darstellungsweise schließt sich auch Albrecht[5]) an: „Das Sächs. und Schwäb. Lehnrecht kennt die Erblichkeit des Lehens noch in einem viel beschränkteren Umfange, als man gewöhnlich annimmt, indem beide nur einem Sohne die Succession zugestehen. Zwar änderte sich dieses späterhin,

1) Prakt. Ausf. 1. S. 179. 180.

2) Pätz, Lehenr. §. 62.

3) Quest. for. 1. c. 4. (ed. 2.)

5) Vergl. *Boehmer*, de feudi communis divisione §. 2. (*Jenichen*, thes. jur. feud I. p. 76) „Videlicet plures de eodem feudo investiti, quum conjuncta manu feudum acciperent, *velut pro una persona habebantur*: iisque dominus feudum commune conferebat *in solidum*."

5) Gew. S. 242 f.

jedoch so, daß das neuere Recht sich jenem ältern Grundsatz accommodirte. Sollten nämlich alle Söhne auf das ganze Lehen, wie es der Vater besessen hatte, ein Recht behalten, so mußte ihre Vereinigung nicht blos ihrer innern Natur nach den Charakter einer (moralischen) Person, sondern auch äußerlich die Gestalt eines Vasallen annehmen, d. h. ihre Gesammtheit bedurfte eines Lehenträgers."

Durch die Gesammtbelehnung wurde freilich den mehreren Brüdern ein gleiches Recht am Lehen ertheilt:

Vet. auct. **de benef. 1. §. 83.**

Plures possunt uno inbeneficiari beneficio, ita quod simul illud suscipiant, et equale jus in eo habeant, quamdiu simul manserint.

Sächs. Lehenr. Art. 34. (oben S. 83. Note 1.)

— gliche gewer daran haben —

allein die gebotene Vertretung durch einen einzigen beruhet nicht sowohl auf einer Accommodation an das ältere Recht, sondern ist lediglich auf den Vortheil des Lehensherrn berechnet. So lange nämlich nicht festgestellt war, wie es mit der Erfüllung der Lehenspflicht gehalten werden sollte, konnten über die Leistung des Dienstes von Seiten der mehreren Mitbelehnten leicht Weiterungen entstehen; um diesen vorzubeugen, konnte der Herr bei Strafe des Verlustes des Lehens die Theilung desselben verlangen, „daß er wiß von wem er seiner diest warte." [1]) Später sah man von der Theilung ab, und hielt es für hinreichend, wenn die mehreren in der Gemeinschaft verbleibenden Brüder einen Lehenträger bestellten. Darin mag auch die verschiedene Lesart dieses Artikels, welche Schilter [2]) auf folgende Weise herstellt, ihren Grund haben:

---

1) Schw. L. R. 82. §. 1. (16. §. 3.)

2) **l. c. ad c. 16. §. 3.**

Ein jeglicher herre mag zusammen seinen mannen die von Ime ein gut zu lehen habent, gebieten, das sie Im sagen (al. das sie es teilen), das er wisse, von wem er seiner dienste warten solle.

Hiermit stimmt auch das **jus feud. Saxonicum latin. 10. §. 2.** überein:

Licet autem domino vasallis suis per sententiam praecipere, ut infra sex hebdomadas taliter de feudo discutiant, ut ipse scire valeat, a quo servitium repetere debeat, quod sibi de feudo tenetur [1]).

Dagegen scheint der Art. 34. des sächs. Lehenrechts: Die weil si ein gut zusammen habent, die zusamene belenet sin, ir nichein enmac an de andern nichein teil darab gelihen noch lazen da erz deme andern mite verne, wend des der man nicht einen theil entphangen kan, des en mac her ni cheine teil gelihen noch gelazen [2]), auf welchen sich auch Bauer (ob. S. 85.) beziehet, allerdings gleichmäßig die beiden Ansichten zu bestätigen, daß jeder Einzelne mit dem ganzen Lehen (**in solidum**) beliehen, oder daß die Gesammtheit der Mitbelehnten als eine juristische Person anzusehen sei; so lange dieselben nämlich das Lehen noch nicht getheilt haben, ist hiernach keine Verfügung über einen Theil erlaubt, wodurch derselbe den andern entzogen (gefernet) werde; denn da der Einzelne nicht mit einem Theile beliehen sei, so könne er auch über einen solchen

---

1) Diese Pflicht einen Träger zu bestellen, kommt auf dieselbe Weise auch auf dem Gebiete des Hofrechts vor, (Waldolvisheimer Weisth. v. 1612. bei Grimm, Weisth. 1. S. 751.); selbst in dem Falle, wo die mehreren Miterben das Gut unter sich getheilt haben, damit das Recht des Herrn auf den Zins nicht zersplittert werde, (Wolfsheimer W. §. 8. u. 9. das. 1. S. 715. 716).

2) Schw. L. R. 37. §. 5. (61.)

nicht verfügen. Dieses Veräußerungsverbot erklärt sich jedoch aus dem Zwecke der Belehnung zur gesammten Hand, der darin bestehet, den Belehnten ein gegenseitiges Successionsrecht zu geben; so lange also die Gemeinschaft noch fortdauert, kann keiner etwas vornehmen, wodurch dieser Zweck vereitelt wird. Eben wegen dieses Successionsrechtes kann auch keiner der Mitbelehnten für den andern in einem Prozesse Zeugniß ablegen[1]), weil er ein Zeuge in eigner Sache sein würde, und mit Unrecht haben daher Schilter[2]) und Bauer[3]) diese Unfähigkeit daraus ableiten wollen, daß jeder mit dem ganzen Gute beliehen sei. Auf den Ausdruck, welcher in einem Lehenbriefe des Bischofs Meinhard von Halberstadt v. J. 1245 vorkommt:

> *Gercken*, cod. dipl. Brand. t. 5. p. 77. N. 57: Notum esse volumus, quod illustribus principibus Johanni et Ottoni — bona que ab ecclesia Halberstadensi et nobis tenent, integraliter *simul utrisque in solidum* concessimus, quod conjuncta manu appellatur,

ist kein Gewicht zu legen, weil damit offenbar nicht die Natur des Verhältnisses bezeichnet, sondern nur eine Uebersetzung des Kunstausdruckes gegeben werden soll[4]).

So wenig wir nun zur Erklärung des Verhältnisses der Gesammtbelehnten zu dem ihnen gemeinschaftlich verliehenen Gute ein juristisch unmögliches, und daher auch dem

---

1) Sächs. L. R. 7. Schw. L. R. 81. (16.)

2) l. c. ad c. 16. §. 1.

3) l. c. §. 24.

4) *Gercken*, l. c. t. 3. p. 200. N. 94. a. 1338: „Contulimus militi B. de O. nec non strenuo viro D. de S. ejusdem sororio ipsorumque veris et legitimis heredibus — *in solidum et ad manum conjunctam* in villa G XL. mansos.“ Vergl. *de Ludewig*, reliq. manusc. t. 7. p. 62. N. 71. a. 1337; p. 78. N. 93. a. 1343.

deutschen Rechte nothwendig unbekanntes dominium plurium in solidum annehmen können, eben so wenig dürfen wir erwarten, durch Unterstellung einer juristischen Person, welche diesem Verhältnisse gänzlich fremd ist, zu einem gedeihlichen Resultate zu gelangen. Es stehet nämlich das jedem einzelnen Gesammtbelehnten selbstständig zukommende Recht mit dem Begriffe einer juristischen Person von Grund aus im Widerspruche.

Für die Beurtheilung des Rechtes der Gesammtbelehnten ist zunächst entscheidend das jedem einzelnen zustehende Recht auf Theilung (S. 83. Note 1.), welches auf ein Miteigenthum (condominium utile) nach ideellen Theilen hinweiset. Dieses selbstständige Recht des Einzelnen wird auch schon während der Gemeinschaft anerkannt; denn das oben erwähnte Verbot der Verfügung über diesen ideellen Theil ist kein absolutes, sondern bezweckt lediglich den Vortheil des Mitbelehnten, mit dessen Beistimmung die Veräußerung volle Rechtsbeständigkeit erhält: „Swaz her aber," heißt es in dem angeführten Art. 34. des sächs. Lehenrechts weiter, „darab lihet oder leht daz en mac her selber nicht gebrechen, ez in breche der ein der daz gut mit ihme gemeyne hat." [1]) Daher stehet auch dem Verkaufe an den Mitbelehnten selbst nichts im Wege [2]). Ja, selbst ohne die Einwilligung desselben ist die Veräußerung aus echter Noth erlaubt, in welchem Falle ihm nur ein Vorkaufsrecht zukommt [3]). Der in dem Artikel 34. hinzugefügte Grund, daß die einzelnen Gesammtbelehnten keinen Theil empfangen hätten, kann daher nur von einem reellen Theile verstanden werden, und erscheint als ein späteres Glossem,

1) Schw. L. R. 37. §. 6. (61.)

2) Kaiserr. 3. 24.

3) Kaiserr. 3. 28.

welches sich auch nicht in allen Handschriften findet[1]). In den Urkunden wird nun auch jedem Gesammtbelehnten noch während der Gemeinschaft ein (ideeller) Theil geradezu beigelegt:

Herrgott, geneal. dipl. gent. Habsb. t. 3. N. 830. a. 1365.

Allen den — kunde ich E. der schulthaisse ze Schafhusen — das fur mich kament an gericht ze Schafhusen Graf Rudolf und Graf Gotfrit von Habspurg gebruder und verjahent und offenetent vor gericht, das inen der Kaiser Karle — gelihet het mit einander unverschaidenlich und das och su in rechter gemainde von im enphangen hant ze rechtem lehen die graffschaft in K. — Sunderbarlich offenet noch der egenant Graf G. — das er seinen tail und allu du recht, du er an derselben graffschaft hette — ze koffene geben het — dem vorgenanten Graf R. — als er vor gericht offenlich verjahe, und batte im an einer urtail ervaren, wie er sinen tail der egenanten graffschaft — ufgeben und vertegen solt, fur sich und sin erben, fur lehen, von dem hailigen Romeschen Reiche, dem obgenanten Graf R. sinem bruder; also das es kraft hetti, und das er daran habende ware nach dem rechten. Do wart hierumb gefraget und ertailt mit besamenoter urtail, das er es mit siner hant tun sollt und och wol getun mocht, wen si dieselben graffschaft in rechter gemaind mit einander von dem Romschen Kaiser Karlen ze lehen enphangen hant —. Des tet och derselb Graf G. — und gab da uff — sinen tail der obgenanten graffschaft. —

In dem Lehenbriefe Kaisers Wenzel v. J. 1379 für die

---

1) Z. B. nicht bei Schilter 65. §. 4. und nicht bei von Laßberg 61.

Herzöge von Liegnitz und Brieg heißt es, daß die Lehen denselben „alß gemeinen Erben und Besitzern" verliehen würden, und daß beim unbeerbten Tode des einen, sein Theil an die Ueberlebenden fallen solle[1]); und nach einer Urkunde v. J. 1398 belehnt Erzbischof Friedrich von Cöln „inhabitatores et possessores vulgo die Gemeynre — de dicto castro — et *quemlibet eorum de sua parte* ibidem[2]).

Hiermit stimmen auch einzelne Partikularrechte überein; z. B.

Herzogs Friedrich zu Liegnitz und Brieg Declaration über die Veräußerung ungetheilter Lehengüter v. J. 1521:

Ferner soll auch kein ungesonderter Bruder seinen Theil, ehe denn er sich von seinen Brüdern theilet, hinter seiner Brüder Wissen und Willen, an einen getheilten Bruder oder einen andern bringen.

Sächs. Mandat v. J. 1764. Tit. 1. §. 2.

Wenn ein Vater nach seinem Tode zu seinem Lehenguthe verschiedene Söhne verlässet, oder das Lehn durch des Besitzers, ohne Hinterlassung Leibes-Lehens-Erben, erfolgten tödtlichen Hintritt auf verschiedene Mitbelehnte fället, so haben selbige, sie mögen in communione zu verbleiben gesonnen seyn, oder nicht, die Lehn daran in gesetzter Frist, jeder zu seinem Antheil und zugleich die gesammte Hand gegen einander, an ihrer Brüder oder Mit-Lehns-Erben Antheilen vermöge der bei hiesiger Lehn-Curie hergebrachten Observanz, zu suchen und daferne währender Communion einer von denen Mitbesitzern

1) Lünig, Reichsarchiv pars spec. cont. 1. erste Forts. S. 319. 320.

2) *Günther*, cod. Rh. Mos. t. 3. N. 658. Vergl. Schannat, Fuld. Lehnhof N. 337. a. 1495.

ohne Leibes-Lehens-Erben stirbt, und sein Antheil auf die übrigen verfället, es in Ansehung der Renovation, eben also zu halten [1]).

Das Recht der Mitbelehnten charakterisirt sich hiernach als ein Miteigenthum nach ideellen Theilen. Hiermit stehet auch die erwähnte Beschränkung der Veräußerungsbefugniß nicht im Widerspruch, welche vielmehr in dem Zwecke der Gemeinschaft ihren Grund hat. Das gegenseitige Successionsrecht ist hier eine gesetzliche Folge der Gemeinschaft, und sehr mit Unrecht dazu benutzt worden, dieselbe als ein condominium utile in solidum darzustellen (S. 37 ff.).

Das englische Recht bestimmt, daß, wenn an zwei oder mehrere Personen ein Gut gemeinschaftlich (in joint-tenancy) verliehen ist, und einer verstirbt, der Ueberlebende das ganze Gut erhalten solle (reight of survivorship); die englischen Juristen gestehen aber den Mitbelehnten ideelle Theile zu, und haben sich vor der Annahme eines solidarischen Rechtes derselben sorgfältig gehütet [2]).

Daß nun die Ansichten der ältern Juristen in die Partikularrechte hin und wieder übergegangen sind, ist nicht zu verwundern. So findet sich in der sächsischen Resolution vom 8. Febr. 1709 Folgendes:

Alldieweil aber, wenn mehr, als einer, in gesambter Lehen an einem Guthe stehen, vermöge derer Lehen Rechte einem jedweden dererselben die Mit-Belehenschafft *in solidum* zukommt, und solche nur sodann, wenn eine würkliche Theilung geschiehet, gebrochen wirt; dahingegen, wenn die übrigen mit Gelde oder sonst abgefunden werden, dieselben in effectu zur Succession nicht gelangen, sondern derjenige, so das gantze Gut

1) *Boehmer*, princ. jur. feud. app. docum. N. 27.

2) *Blackstone*, commentar. b. 2. c. 12.

auf diese Masse an sich bringet, solches allerdings krafft seiner *in solidum* habenden Mit-Belehenschaft erhält, u. s. w.[1]).

§. 12.

Von der Belehnung zur gesammten Hand im Sinne des neuern Rechtes.

Eine andere Art der Belehnung zur gesammten Hand, die den Rechtsbüchern noch fremd ist, kommt vornehmlich seit dem vierzehnten Jahrhundert in der Weise vor, daß den mehreren Successionsberechtigten, welche sich durch eine Civil- oder Naturaltheilung auseinandersetzen, in jenem Falle am ganzen Lehen, in diesem an den Theilen der übrigen die Belehnung ertheilt wird, um ihnen das durch die Theilung verloren gegangene Successionsrecht von Neuem zu verschaffen. Auch wurde dritten Personen, die nicht von dem ersten Erwerber abstammten, die Belehnung auf den Aperturfall in der Art ertheilt, daß der Belehnte den Worten nach in die Gemeinschaft des Lehens aufgenommen ward, also ohne den gegenwärtigen Besitz desselben zu erhalten. Das Recht, welches dem besitzenden Vasallen und den Gesammthändern am Lehen zustehet, soll auch hier ein dominium in solidum sein. Bauer[2]) glaubt sogar, daß sich dieses selbst nach den Grundsätzen des römischen Rechtes rechtfertigen lasse; denn die hier ausgesprochene Unmöglichkeit eines solidarischen Besitzes und Eigenthumes beziehe sich nicht auf den Fall, wo von verschiedenen Arten des Besitzes und Eigenthumes die Rede sei. So hätten nach l. 30. C. de jure dot. beide Ehegatten ein solidarisches Eigenthum an

1) *Lünig*, corpus jur. feud. 2. p. 644.

2) l. c. §. 32.

der Dos, aber nach verschiedenen Richtungen; ferner würden nach l. 11. D. de lib. et postum. die Kinder mit dem die Gewalt habenden Vater als Eigenthümer in solidum in gewisser Beziehung angesehen; nach *Ulp.* frag. tit. XIX. könne einer das bonitarische, ein anderer das quiritarische Eigenthum an derselben Sache haben; nach l. 12. de acq. poss. hätten der Proprietar und der Usufructuar, und nach l. 1. §. 15. eod. der Schuldner und Faustpfandgläubiger einen solidarischen Besitz. „Simili ratione vasallus," fährt Bauer fort, „qui principe loco et qui simul investitus est, eandem rem, salva juris civilis ratione, ut domini possident utiles in solidum cum suo effectu et eodem tempore, sed diverso possessionis et dominii jure." Uebereinstimmend hiermit legt Kind [1]) der gesammten Hand die Wirkung bei, daß sie nicht blos ein Successionsrecht gewähre, „sed etiam communionem dominii utilis quoad feudi proprietatem." Das durch diese Art der Gesammtbelehnung begründete Recht an der Sache nennen die Juristen ein condominium *minus plenum*, im Gegensatze des *plenum*, welches allen Mitbelehnten gleichmäßig den Besitz und Genuß gewährt [2]).

Da die Belehnung zur gesammten Hand nur den Zweck hat, nach dem Absterben der lehensfähigen Descendenz des besitzenden Vasallen das durch die Theilung verloren gegangene Successionsrecht von Neuem zu verschaffen, so könnte man geneigt sein, das Recht der Gesammthänder unter den Gesichtspunkt eines eventuellen Successionsrechtes zu bringen, wie es durch die Eventualbelehnung ertheilt wird; allein die Juristen machen zwischen beiden Verhältnissen einen erheblichen Unterschied. Die Belehnung zur

1) Quaest. for. I. c. 3. (ed. 2.)

2) *Biener*, de natura et indole dominii p. 74.

gesammten Hand (invest. simult. pura) soll nämlich das dominium utile als ein gegenwärtiges Recht geben, dessen Ausübung jedoch bis zum unbeerbten Tode des Hauptvasallen suspendirt sei [1]); während die Eventualbelehnung (invest. simult. eventualis) nur ein bedingtes Recht ertheile, welches sich in dem angegebenen Zeitpunkte in ein unbedingtes verwandele [2]). Die Ertheilung der Gesammtbelehnung könne daher nur mit Einwilligung des besitzenden Vasallen geschehen, welche dagegen bei der Eventualbelehnung nicht nöthig sei [3]). Als Beispiel einer invest. simult. pura führt Böhmer [4]) folgenden Lehenbrief an:

Glafey, anecd. t. 1. N. 510. a. 1361.

Wir Karl — bekennen — das vor vnser kaiserliche wirdekeit komen ist der Edel Rudolf v. W. — vnd hat vns gesaget, das er den Ersamen Th. von Rainstain — vnd den Edlen R. von Rainsteyn seinen bruder gesaczt habe in gemeinschaft aller der Lehen, die er von vns vnd dem heiligen Reiche habe; also wann der vorgenannte Rudolf vorferet, ane eliche Erben, das dann dieselben leben an die egenanten bruder von Rainstein genczlichen sollen voruallen, vnd sollen dann die selben gebrudere vnd ire Lehens erben von vns vnd vnsern nachkomen an dem Reiche — ewicliche halden, besiczen vnd empfahen, mit Eyden, Hulden, Dinsten vnd mit allen sachen, als sol-

---

1) *Schilter*, de invest. principum simultanea c. 1. §. 5; c. 2. §. 1. (in cod. jur. Al. feud. p. 334 seqq.) *Bauer*, de forma ac defin. comm. Saxon. manus §. 1. 3. 5. et 24. (in opp. 2. p. 234 seqq.)

2) *Boehmer*, de investiturae simult. event. non desiderata renovat. c. 1. §. 23 seqq.

3) *Bauer*, l. c. §. 32. 33. *Boehmer*, de indole et natura exspectativae et invest. feud. §. 65 seqq.

4) In der Note 2. angef. Schrift c. 1. §. 24.

cher Lehen Recht vnd gewonheit ist. Doch sulle der vorgenante Rudolf, sine lebetage, die obgenante lehen vor sich vnd die egenante von Rainstein vermannen [1]).

Das Miteigenthum sei hier durch die Belehnung sogleich übertragen, und nur das Eintreten in den Genuß davon abhängig gemacht, daß die lehensfähige Descendenz des Hauptvasallen ausgestorben sei. Dagegen sollen die folgenden Lehenbriefe eine Eventualbelehnung enthalten:

Lehenbrief vom Jahr 1591 [2]):

Wir bekennen vor vns, vnsere Erben vnd Nachkommen, daß wir vnsern lieben getreuen S. vnd seinen rechten männlichen Leibes Lehns Erben, vnd wenn deren nicht mehr wären, alsdann vnd ehe nicht, seinen Gebrüdern H. vnd C. vnd ihren rechten männlichen Leibes Lehens Erben in eine gesammte Hand — geliehen haben.

Lehenbrief vom Jahr 1527 [3]):

— Bekennen vnd bewilligen wir — in vnd mit diesen offen Brive, ob C. B. ohne Libes Lehns Erben versterben, — daß wir alsdann dem — R. v. H. die sampde Hand in allen vorgeschrieben Lehn-Güthern gegeben haben, vnd geben hiemit, also das wir ihm alsdann mit vorberührten Lehn-Gütern gnädiglich belehnen und begnaden wollen.

Denn hier sei ausdrücklich bevorwortet, daß die gesammte Hand erst nach dem Absterben der lehensfähigen Descendenz des Hauptvasallen geliehen werde. Gerade hierin, ob das Miteigenthum sogleich mit dee Belehnung oder erst mit der Apertur entstehen solle, liege der charakteristische Unterschied zwischen der Gesammt- und Eventualbelehnung; auf

1) Vergl. *Glafey*, l. c. N. 492. und 501. a 1361.

2) c. 1. §. 30. p. 35.

3) c. 4. §. 14. p. 117.

Bayerische Staatsbibliothek MÜNCHEN

den Ausdruck gesammte Hand komme hierbei nichts an, da derselbe schlechthin nur eine gemeinschaftliche Belehnung, nicht aber eine bestimmte Art derselben bezeichne [1]).

Um diese Ansicht prüfen zu können, ist es nöthig, den Uebergang der Belehnung zur gesammten Hand im Sinne des ältern Rechtes in das später mit diesem Ausdrucke bezeichnete Verhältniß zu entwickeln. Auf dem Gebiete des Landrechtes konnte, wie oben (§. 5.) ausgeführt ist, durch die Auflassung ein eventuelles Recht gegeben werden, ohne daß hierzu noch die Einräumung des Besitzes nöthig gewesen wäre. Im Lehenrechte galt dagegen der Grundsatz, daß die Belehnung nur vollständig wirksam werde durch die hinzukommende Einweisung des Belehnten in den Besitz:

Vet. auct. de benef. 1. §. 33:

Bona que non habet homo in possessione sua et que non sunt sibi demonstrata, hec non hereditat in filium, nec sequitur ea in dominum alium [2]).

Daher auch die beschränkte Wirkung des Gedinges. Wenn also einem Andern für sich und seine Kinder ein gesichertes Recht am Lehen für den Fall des unbeerbten Todes des besitzenden Vasallen gegeben werden sollte, so reichte die Ertheilung des Gedinges hierzu nicht hin, sondern es mußte dieser Andere in die Gemeinschaft des Lehens mit aufgenommen, und ihm vom Lehensherrn die gesammte Hand verliehen werden, welche ein gegenwärtiges, sogleich wirksames Recht gewährte. In den meisten Fällen, und namentlich dann, wenn der bisherige alleinige Besitzer des

---

1) c. 1. §. 31. Note a. §. 36. Note b; c. 4. §. 18.; v. Cramer, wetzl. Nebenst. Th. 4. S. 1. ff.

2) Sächs. L. R. 10. 11. 63. Schw. L. R. 109. §. 12 (106.) Albrecht, Gew. S. 283. ff. legt der Einweisung in den Besitz nur dieselbe Bedeutung bei, welche sie auch im Landrecht hat.

Lehens successionsfähige Descendenten hatte, war es aber dessen Absicht, daß er sowohl als auch diese den ungeschmälerten Besitz und Genuß des Lehens behielten, so daß erst bei dem mit ihrem Tode eintretenden Heimfalle der Andere oder dessen Descendenz dazu gelangen sollte. Man wußte daher eine andere Form der Gesammtbelehnung aufzufinden, welche, ohne dem Mitbelehnten den gegenwärtigen Besitz und Genuß des Lehens einzuräumen, dem Rechte desselben doch vollständige Wirksamkeit sicherte. Man hielt es nämlich für hinreichend, wenn die früher nothwendige gemeinschaftliche Benutzung des ganzen Lehens in der Form einer theilweisen Benutzung vorhanden war, d. h. man hielt es für hinreichend, wenn ein bloßer Zins auf das Lehen constituirt wurde, in dessen Erhebung das gegenwärtige Recht des Mitbelehnten erkennbar war. Ueberdies diente auch der Zins, worauf gleichfalls Gewicht gelegt wird, dazu, das dem Mitbelehnten und dessen Descendenz eingeräumte Successionsrecht in fortwährendem Andenken zu erhalten.

Kopp, Proben des teut. Lehen R. Th. 1. S. 168. Urk. v. 1321:

Ich Luther Herre von Isemburg bekennen — das ich geluhen han vnd lihen — alle myne Gut die da Lehen sint Eunen von Myntzenberg myme lieben Swager vnd synen elichen Sunen — abe ich vnd myne Sune — von Dode abegyngen. Dith sint die Lehen die ich demselben Eunen geluhen han — — vnd han denselben Eunen ingesetzt vnd setzen en in alle myne Vestene vnd Gut die hernach geschrieben stent mit Huldene myner Burgmanne und mit Pennyngen die uff ilich Gut sunderlinge gesatzt sin zu eyner Vestenunge vnd zu eyme Vrkunde das Eune vnd sine Sune die he gewynnen mach inn denselben Lehenen

funden werden vnd darinn gesatzt sin, vnd die Pfennynge die uff die Gut gesatzt sint — alle Jare zu gebenn dem vorgenanten Cunen vnd sinen elichen Sunen —. Auch bekennen ich mich Quem es also das der vorgenant Cune myn Swager von Dode abeginge ane eliche Sune, so soll myn eldiste Sune — die Herrschaft zu Myntzenberg behalden vnd alle die Lehen die darzu horent, die ich enpangen han von Cunen vnd in eyme andern Briffe volliclichen geschrieben stent.

Luther von Isenburg und Cuno von Münzenberg hatten sich die Succession in ihre Lehen, falls der Andere ohne Lehenserben versterben sollte, gegenseitig zugesichert. Die über diese Vereinbarung von dem ersten ausgestellte Urkunde ist die vorstehende. Eine Aufnahme in die Gemeinschaft des Lehens hat hier nur in der Weise Statt gefunden, daß die Burgmannen dem Successionsberechtigten (eventuell) gehuldigt haben, und daß ein jährlich an denselben zu entrichtender Zins auf die einzelnen Grundstücke constituirt ist, zur Bekräftigung und zum Beweise seines Rechtes [1]). Ganz

---

1) Hiernach scheint mir der so sehr bestrittene Art. 22. des schwäb. Landrechts (von laßberg. Ausg.) erklärt werden zu können: „Ist daz ein man sinem friwnde gvt schaffen wil nach sinem tode. wil er im daz sicher machen. er sol in frist dar vber geben. mit ende haftn isigeln. oder er sol fvr sinen richter varn. oder fvr sinen herren. vnd sol sine geziwge ziehen. vnd ander die da bi sint gewesen. vnd wil aber er imz gar stete machen. so setze im einen zins dar vz. da mit hat er die gewer". Diesen Schluß beziehe ich nämlich auf das „varn fvr sinen herren", d. h. Lehensherrn, also auf die Vergabung von Lehengütern; denn auf dem Gebiete des Landrechts war zur Gültigkeit einer Vergabung von Grundstücken auf den Todesfall die alsbaldige Einräumung des Besitzes und Genusses nicht nöthig, mithin auch nicht statt dessen die Auflegung eines Zinses.

aus diesem Gesichtspunkte ist auch die bei den Erbverbrüderungen anzuführende Urkunde v. J. 1334. zu beurtheilen.

Aber auch diese Zinsgewere, in welche sich die Gewere am ganzen Lehengute zusammengezogen hatte, hielt man in der Folge zur Befestigung des eingeräumten Successionsrechtes nicht mehr für nöthig, sondern man begnügte sich damit, den Satz des ältern Rechts, daß nur die (wahre) Gemeinschaft des Lehens ein Successionsrecht gebe, blos formell anzuerkennen, indem man es für hinreichend ansah, wenn derjenige, welcher auf den Fall des Absterbens des besitzenden Vasallen und seiner lehnsfähigen Descendenz die Belehnung erhalten hatte, den Worten nach in die Gemeinschaft des Lehens aufgenommen war [1]). Wenn die mehreren Brüder, die des Vaters Lehen gemeinschaftlich besaßen, dasselbe unter sich theilten, so ging das gegenseitige Successionsrecht zum Vortheile des Lehensherrn verloren, an welchen die einzelnen Lehenstheile der ausgestorbenen Familien zurückfielen. Der Lehensherr konnte aber auf sein Recht verzichten, indem er den sich theilenden Brüdern die Zusicherung gab, daß die gesammte Hand dadurch nicht gebrochen werden, daß also, ungeachtet der vorgenommenen Theilung, die Gemeinschaft als noch fortdauernd angesehen werden solle:

Gercken, cod. dipl. Brand. t. 4. p. 370. N. 202. a. 1304. Lehenbrief der Markgrafen Otto, Johann und Woldemar von Brandenburg für Fredehelm und Johann von Cottbus:

— Insuper recognoscimus, quod predictis fidelibus nostris *ambobus simul* omnia eorum bona contulimus,

---

1) *Biener*, comment. de origine et progressu legum juriumq. German. t. 2. p. 164. seqq., woselbst auch viele Urkunden mitgetheilt werden.

ita videlicet, quod non obstante eo, si Fredehelmum cum Johanne in bonis hujusmodi contingeret, vel contigerit *ab invicem separari*, et si Johannes aut Fredehelmus sine heredibus vel sine herede de medio sublatus fuerit, quod bona alterius ad alterum et ad suos heredes sine medio devolvantur.

Daselbst t. 3. p. 89. N. 20. Privil. des Herzogs Wratislav von Pommern für die Neumark v. J. 1319: — Were dat ouer also dat ennich Ridder oder Knecht storue, sinen rechten Erfnamen scal man dat Guet ligen mit samender Hand ane Ghelt. Were dat sick kindere, Veddere oder brudere scheiden van en andere, dat se sunderlick brod hadden, dat en scal de samede Hand nicht scheiden.

de Ludewig, reliq. manusc. dipl. t. 7. p. 13. N. 18. zwischen 1330 und 1345:
Wir Ludewig rc. bekennen, daz wir dem vesten mann Joh. von Buch vnd Gerhard von K. vnd iren rechten erbnamen verlihin habin vnd verlihin alle die gut — zu gesampeter hant —. Vnd wer auch daz, daz si die selben gut von welcherli sache daz wer, mit einander teilten, so sol der vorgenant von Buch die warte vnd daz angeuelle habin an dez vorgnanten guten —.

Gercken, l. c. t. 2. p. 562. N. 337. a. 1343:
Wir Ludewig — bekennen — dat wie durch gnade willen hebben gegunt und gunnen unser trouwen Mannen Her P. C. W. und M. brudern — und iren rechten eruen, dat si ire kost und ire gut mogen encwei setten und deylen wo si willen, Dat en schal en an irer samenden hant nicht hindern, und lihen en eyn recht anegeuelle.

Dieser Schluß lautet in dem denselben Personen 1354. ausgestellten Lehenbriefe: *Gercken* l. c. t. 6. p. 491.

N. 80: „Dat en sal en an ore samende hant nicht hindern, vnd leyen en vnd iren erben eyn recht anegeuelle und samende Hand [1]).

Herrgott, geneal. dipl. gent. Habsb. t. 3. N. 896. a. 1396:

Wir Grave Johans von Habspurg — tund kunt — das wir für uns unser erben und nachkommen verlihen hant — dem B. S. burger ze Basel, als einem trager an stat und in namen B. siner elichen wirttin und G. M. ire swester — beide H. M's — tochtren und allen iren kindern — dise nachgeschriben gütter — ze einem rechten gemeynen lehen ze habende —; ouch haben wir — den egenanten zwein swester die gnade getan — das sy die vorgeschriben güter und lehen mit einander gelich teilen mögent, wenne sy wellent, und ir jeklich — iren teil insunders haben —; und wenne der vorgenanten frowen eine vor der andern ane libes erben — von todes wegen abgat — das denne die vorgeschriben güter und lehen genzlich an die andere, so noch denne lebet, oder der kind — volgen und werden söllent.

Gercken, l. c. t. 8. p. 513. N. 61. a. 1473: In der von Kaiser Friedrich 3. der väterlichen Disposition des Kurf. Albrecht von Brandenburg über Theilung der Länder ertheilten Bestätigung heißt es: vnd sol ine (den abgetheilten Söhnen Albrechts) an irer versamelten hand, so offt es zu schulden kompt, vnschedlich sein vnd keinen vnstatten bringen, sundern sie vnd ir menlich erben des

---

1) Nach einem Lehenbriefe v. 1433. (*Gercken*, l. c. t. 7. N. 112.) werden mehrere Brüder insgesammt beliehen: „also das Ine daran gescheiden Rauch und Brod unschedlichen und auch als gesampte Recht ist“.

geschlechts sullen fur vnd für nichtz destermynder mit einander gesamelt sein.

de Sommersberg, Silesiac. rer. script. t. 1. p. 907. a. 1502. In dem Lehenbriefe über die von König Wladislaus von Böhmen den Gebrüdern Friedrich und Georg, Herzogen von Liegnitz und Brieg ertheilte Belehnung zur gesammten Hand heißt es: Wir seczen und meynen auch nachdem sie beyde ungetheilt sind wo es darzu keme daß sie solch offt gemelt Lehn Gütter mit einander theilen würden und ihr einer ohn Leibs Lehns Erben mit Tod abgienge desselben Verstorben sein Theil der Lehen Gütter die Er hinter sich verlasset auf den andern wie sich das der gesambten Lehnsrecht nach zu beschehen gebühret kommen und gefallen sollen.

Die den sich theilenden Gesammtbelehnten in diesen Urkunden gegebene Zusicherung, daß dadurch die gesammte Hand nicht gebrochen werden solle, ist in der That nichts anderes, als ein auf den Fall der Apertur (Angefälle [1]) geliehenes Geding; wobei man sich an den Satz des ältern Rechtes, daß nur die wahre Gemeinschaft des Lehens ein Successionsrecht gebe, in so fern accommodirte, daß, ungeachtet der vorgenommenen Theilung, die Gemeinschaft dennoch als fortbestehend angenommen wurde.

Ganz auf gleiche Weise verhält es sich mit der Aufnahme solcher Personen, die nicht schon vermöge der Abstammung ein Erbrecht haben, in die Gemeinschaft des Lehens, zu dem Zwecke, daß sie nach dem unbeerbten Tode des besitzenden Vasallen zur Succession gelangen sollen. Von einer Mitbelehnung dieser Art ist die von Böhmer (oben S. 96.) mitgetheilte Urk. von 1361. N. 510. zu ver-

---

1) Urk. v. J. 1252. *Lünig*, corp. jur. feud. 1. p. 611.

stehen. Dasselbe gilt von der gleichfalls von demselben angeführten Urkunde N. 501. (S. 97. N. 1.) Der besitzende Vasall Hans hat nach derselben in seine Reichslehen zum „Gemeiner" seinen Bruder W. aufgenommen, und bittet den Kaiser um Bestätigung, welche derselbe mit den Worten ertheilt: — vnd han darumb — vnsen willen vnd gehenknuzze getan zu den vorgenanten sachen —. Also, wann der egenant Hans sturbe ane mans eliche erben, das dan die vorgenanten lehen alle genczlich sullen fallen an den egenanten W.

de Ludewig, **reliq. manusc. dipl. t. 10. p. 172. N. 18. a. 1350:**

— Auch heben Wir yn ir Gut mit einander geligin, Also ob ir cheiner abeginge ane erben, — daz sin Gut uff die andern und uff ire Erbin — sal geuallin.

Nach einer Urkunde von 1362. setzt der Markgraf Rudolf von Baden den Pfalzgrafen Ruprecht bei Rhein in die Gemeinschaft seiner Reichslehen, worüber es in der kaiserlichen Bestätigung heißt:

Schiller, **cod. jur. Al. feud. p. 338:**

— zu einem gemeiner genommen in die obgen. Lehen und hat die mit yme einmutiklich zusamne geleget, also das er dieselben lehen mit yme tragen solle in sulcher bescheidenheit, ob der egen. Marcgrafe Rudolf also sturbe, das er eliche libes erben mannes geschlechte hinder yme nit ließe, daz denne der egen. — Ruprecht dieselben lehen erben sol an alle hinderniße.

Schannat, fuld. Lehenh. **Prob. N. 301. a. 1386:** Ich H. G. bekenne — als ich C. und W. Gebrudern und ir rechten erben gekorn, gesatzt und genumen han an myn Hof zu L. und in myn Vorglehen zu H. zu rechten Ganerbin, als wan ich nit lenger sie, daz ez dan genzlich vff sie gevallen sal, das ich des flelich gebeten

han den — Apt zu Fulde daz er darzu sin willen und Vorhengniß getan und gegeben hait, also daz sie darumb mins obgenanten Herren Man worden sin.

de Ludewig, l. c. t. 10. p. 586. a. 1480. Kurfürst Ernst zu Sachsen belehnt den Melchior v. H. und dessen Erben mit dem Schenkenamt des Stiftes Kempten, dann heißt es weiter: „— Wir haben auch Ern J. Ritter und H. von H. seinen bruder mit dem obgescriebnen Schencken-Ampt und lehen semptlich zcu ym (dem besitzenden Vasallen Melchior v. H.) belehend", so daß, wenn dieser ohne Lehenserben versterbe, „alsdenn und nicht eher" das Lehen an die Mitbelehnten J. und H. v. H. gelangen solle [1]).

Die Aufnahme zum Gemeiner oder die Einsetzung in die Gemeinschaft des Lehens gewährt nicht einen gleichzeitigen Besitz und Genuß desselben, sondern erscheint als eine fingirte [2]) Gemeinschaft, welche die Stelle der im ältern Rechte nothwendigen wirklichen Gemeinschaft vertreten soll.

Es entstehet nun aber die Frage, ob zwischen dieser Art der Belehnung und dem geliehenen Gedinge noch ein Unterschied vorhanden ist, und worin derselbe bestehet. Es ließe sich allerdings wohl denken, daß man die durch die Belehnung erzeugte Gemeinschaft des Lehens als wesentliches Kennzeichen der Gesammtbelehnung festgehalten, aber sich damit begnügt habe, daß dieselbe in der Form der Belehnung und den Worten des Lehenbriefes anerkannt worden, während jede andere nach dem Absterben des besitzenden Vasallen und seiner lehensfähigen Descendenz ertheilte Belehnung, bei welcher von einer Aufnahme in die Gemeinschaft des Lehens gar nicht die Rede gewesen, als ein

---

1) Vergl. Urk. v. 1489. *Gercken*, l. c. t. 6. p. 657. N. 168.

2) Hommel, akad. Reden S. 260.

der Folge darbendes Geding angesehen worden sei. Es ist aber sehr unwahrscheinlich, daß man den bei der Belehnung gebrauchten Ausdrücken einen so bedeutenden Einfluß auf die Natur des Geschäftes, welches dadurch ein ganz anderes wurde, beigelegt habe, obgleich die Absicht in dem einen wie in dem andern Falle gleichmäßig die war, dem Beliehenen ein eventuelles Recht am Lehen zu verschaffen. Man kann daher vom vierzehnten Jahrhundert an die auf den Aperturfall ertheilten Belehnungen, bei welchen von jener fingirten Gemeinschaft keine Rede ist, nicht mehr unter den Gesichtspunkt eines der Folge darbenden Gedinges bringen.

Schannat, fuld. Lehenhof, **Prob. N. 211.** **a. 1323:**

Wir Heinrich — Apth zu Fulda bekennen — daz wir durch Bede und Gunst des Edlen Mannes, Her Arroes des Herren von B. han geliehen — halp alle die Lehen die her von uns — zu Lehen hat — Mechtilde siner Tochter und ire elicheme Mann, und Iren Erben — also daz der vorgenante Herre von B. in denselben Lehen sol sitzen wil daz er lebt geruwechliche, als er bisher gesezzen hat.

de Ludewig, **reliq. manusc. dipl. t. 2. p. 272.** **a. 1324:**

Nos Ludovicus Dei Gratia Romanorum rex — publice profitemur quod principatum in Anhalt, quem illustris Bernhardus — in pheodum a sacro tenet imperio — si absque heredibus masculis contingat decedere, — Ludovico Marchioni Brandenburgensi — ex nunc prout ex tunc contulimus et conferimus per presentes, investientes ipsum de eisdem nostro annulo majestatis, ac percipientes omnibus ac singulis dictarum terrarum fidelibus et vasallis — ut et tunc dicto Ludo-

vico — pro se et heredibus suis fidelitatis prestent homagia [1]).

In diesen Urkunden sowohl als in den vorhin schon abgedruckten v. J. 1304. u. 1396. ist die auf den Aperturfall ertheilte Belehnung ausdrücklich auf die Erben des Beliehenen ausgedehnt, was aber eine ganz bedeutungslose Formel sein würde, wenn man diese Belehnung nur als ein Geding gelten lassen wollte. Dafür, daß das Recht des Beliehenen ganz gleichartig war, mochte die Belehnung einfach auf den Fall der Apertur ertheilt, oder daneben noch der fingirten Gemeinschaft Erwähnung geschehen sein, spricht insonderheit der Umstand, daß bei einer Belehnung mit einem Territorium in der ersten [2]) wie in der zweiten Form von den Unterthanen dem Beliehenen und seinen Erben eventuell, d. h. für den Fall, daß sie zur Succession gelangen würden, der Huldigungseid geleistet wurde.

Das Lehenrecht war auf diese Weise in seiner allmäligen Entwickelung zu dem Satze gelangt, daß durch die Belehnung allein, ohne daß die Einweisung in den Besitz des Lehens weiter nöthig gewesen wäre, ein auf die Erben übergehendes Recht am Lehen ertheilt werden könne, welches auch der Nachfolger des Lehensherrn anzuerkennen habe [3]).

---

1) Vergl *Gercken*, l. c. t. 2. p. 577. N. 347. a. 1348; t. 6. p. 482. N. 73 a. 1354.

2) Vergl. die eben abgedruckte Urkunde v. J. 1324. und *Gercken*, l. c. t. 2. p. 614. N. 366. a. 1373, wo die Stadt Strausberg ein Bekenntniß ausstellt, daß sie dem König Wenzel und dessen Erben, als Markgrafen von Brandenburg, und dem auf den Aperturfall beliehenen Markgrafen Johann von Mähren und seinen Erben gehuldigt habe; ferner Urk. v. J. 1350. daselbst t. 7. p. 49. N. 15.

3) Freilich mag es hin und wieder vorgekommen sein, daß der Nachfolger des Lehensherrn dieser neuern Praxis widersprochen hat, worauf sich in dem oben abgedruckten Lehenbriefe v. J. 1354. die

Die Auflassung im Lehengerichte hatte daher dieselbe Bedeutung wie die im Landgerichte geschehene angenommen; so wie nun die Auflassung hier, wenn sie unter einer Suspensivbedingung vorgenommen war, nur eine eventuelle Gewere erzeugte, so muß derselbe Erfolg auch für die Auflassung im Lehengerichte behauptet werden.

Während es nun mit der Aufnahme des longobardischen Lehenrechtes, jedoch nicht ohne Widerspruch der Lehenhöfe, Grundsatz des gemeinen Rechtes geworden war, daß allen lehensfähigen Descendenten des ersten Erwerbers ein Successionsrecht zustehe [1]), hielt man in einzelnen Ländern die Regel des deutschen Rechtes fest, daß das Successionsrecht durch die Theilung des Lehens verloren gehe, und daher nur durch eine Belehnung für den Fall des Aussterbens der andern Linie, also durch eine Belehnung zur gesammten Hand wieder erlangt werden könne [2]). Da aber der ge-

---

Zusicherung beziehet: Sturbe aber wir (der Lehensherr) er — er irer (der Mitbelehnten) eyn, dat sal yn nicht schaden an deme vorgenanten angeuelle vnd samende hant, die wir yn gelygen haben.

1) Gravamina der Reichs-Ritterschaft in Schwaben wider den tyrolschen Lehenhof (1613) darüber, daß die „von dem hochlöblichen Hauß Oesterreich tragende Lehen, nicht, wie die **jura communia** disponiren, oder von alters herkommen, denjenigen, so **a primo acquirente vel communi stipite** herkommen, sondern allein denjenigen, so in den letzten Lehen-Brieffen begrieffen, geliehen — werden wollen"; (*Lünig*, **corp. jur. feud 1. p. 1203**). Ferner: Eingabe der freien Ritterschaft in Schwaben, Franken und am Rhein, daß die gesammte Hand nur in den Lehenhöfen, welche das sächsische Recht befolgten, hergebracht sei, und daß der tyrolsche Lehenhof das Successionsrecht fälschlich nach der gesammten Hand beurtheilt wissen wolle (Daselbst 1. p. 1209); Schreiben derselben an den Erzherzog Maximilian v. 1617. Das. 1. p. 1211.

2) Zu der Art und Weise, wie man die Grundsätze des deutschen Rechtes mit denen des longobardischen zu vereinigen suchte, liefert

meinschaftliche Besitz des Lehens nicht mehr nöthig war, so war die Belehnung zur gesammten Hand in der That in eine Eventualbelehnung übergegangen [1]), und nur darin ist die Erinnerung an die frühere wirkliche Gemeinschaft bestehen geblieben, daß die Gesammthänder, gleich als wären sie im Besitze und Genusse des Lehens, mit dem Hauptvasallen um Erneuerung der Investitur nachsuchen

---

einen interessanten Beleg ein Schöffenurtheil, welches hinter der zobelschen Ausgabe des Sachsenspiegels (1537) Blatt 99. abgedruckt ist: „Seind drey brüder gewest, nemlich H. P. vnd G. vnd der eldste als H. hat jre veterliche güter in drey teil geteilt, vnd seinen teil zu sich genommen; aber die andern zwen P. vnd G. haben jr gut beyeinander vngesondert gehalten, vnd derselbigen beyden einer P. ist darnach verstorben — — vnd hat H. seinen eldesten vnd gesonderten bruder an einem vnd G. seinen jüngsten vnd vngesonderten bruder am andern teil, vnd darzu lehen vnd ritter gütter nach sich gelaßen. Wiewoll denn bemelte drey brüder jre gütter geteilt vnd H. der eldste sich von den andern beiden gesondert, vnd die andern vnd jüngsten zwen beisamen blieben; dennoch gleichwol wo die bestimpte teilung eine schlechte sunderung vnnd nicht eine erbliche teilung gewest, also das sie nicht alleine die güter geteilt, besonder auch den semptlichen lehnen vnd kunfftiger anwartunge abgesagt: so hette obgedachter P. seinen nachgelaßen geburlichen anteil auff egedachte H. vnd G. seine brüder zu gleichem teil bracht vnd gefellet". Die Theilung, von welcher hier die Rede ist, ist offenbar eine solche, durch welche nach den Grundsätzen des deutschen Rechtes das Successionsrecht verloren ging, eine Grundtheilung, im Gegensatze einer bloßen Oerterung (S. 84.). Allein um das nach longob. Recht, ungeachtet der Theilung, fortdauernde Successionsrecht damit in Einklang bringen zu können, wird die Theilung für eine schlechte Sonderung erklärt, und zum Begriff einer erblichen (Grund-) Theilung das demselben gänzlich fremde Moment verlangt, daß zugleich auf das Successionsrecht verzichtet worden sei.

1) Reyscher, württ. Privatr. 2. S. 174.

müssen, worauf auch ihre Namen in den Lehenbriefen fortgeführt werden [1]); was aber der Belehnung zur gesammten Hand durchaus keinen eigenthümlichen Charakter gibt.

Aber selbst diese Eigenthümlichkeit der Belehnung zur gesammten Hand ist nicht immer in den Partikularrechten anerkannt. So braucht nach der confirmirten Lehensordnung des Kurfürsten Joh. Georg I. zu Sachsen für die Markgrafschaft Oberlausitz v. J. 1653. [2]) die gesammte Hand nicht von Fall zu Fall erneuert zu werden, sondern nur beim Anfalle der Succession ist die Renovation der Investitur nöthig. Anderwärts sind die Gesammthänder nur beim Thronfall verpflichtet, um Erneuerung der Investitur nachzusuchen, z. B. nach dem Reverse des Kurfürsten Johann Siegmund zu Brandenburg für die Landstände der Neumark v. J. 1611 [3]).

Die mancherlei verschiedenen Bestimmungen, welche in den einzelnen Partikularrechten über die gesammte Hand vorkommen, sind ein redender Beweis, daß man mit dem Aufgeben der Regel des ältern Rechtes, daß nur die wirkliche Gemeinschaft des Lehens ein Successionsrecht gewähre, auch das leitende Princip verloren hatte; man beurtheilte die gesammte Hand, welche keine wirkliche Gemeinschaft des Lehens gibt, nach den Grundsätzen des ältern Rechtes, welches diese Gemeinschaft wesentlich voraussetzt, und wußte daher nicht, in welches Verhältniß diese neue gesammte Hand zur Eventualbelehnung gebracht werden sollte. So kam man darauf, die oben (S. 95. fg.) angegebenen Unterschiede zwischen beiden zu erdenken; worauf auch die Be-

---

1) *Bauer*, de communi Saxonum manu ob neglectam renovat. amissa (in opp. 2. N. 57.).

2) *Lünig*, corp. jur. feud. 2. p. 702.

3) *Lünig*, l. c. 2. p. 811.

lehnung zur gesammten Hand und die Eventualbelehnung, als zwei ganz verschiedene Arten, in einzelne Partikulargesetzgebungen nach der damals herrschenden Ansicht der Juristen übergegangen sind. Wie wenig man darüber aber zu klaren Begriffen gelangt ist, zeigen die bekannten über diesen Gegenstand zwischen Böhmer und Bauer gewechselten Streitschriften. Bemerkenswerth ist hier noch, daß nach dem sächsischen Mandate v. J. 1764. Tit. 1. §. 1. die von den Gesammthändern zu suchende Lehenserneuerung auch den Eventualbelehnten, wenigstens bei allen Veränderungen in der herrschenden Hand, zur Pflicht gemacht ist.

Die Gesammtbelehnung soll den Seitenverwandten nur ein solches Successionsrecht geben, wie es nach longobardischem Rechte jedem Agnaten, als Descendenten des ersten Erwerbers, zustehet, oder wie es einem Dritten die Eventualbelehnung gewährt [1]); so weit also die Partikularrechte nicht ausdrücklich etwas anderes festsetzen, können den Gesammthändern eben nur dieselben Rechte, wie den Agnaten nach longobardischem Recht oder den Eventualbelehnten zugestanden werden. Daher kann die Bestimmung der sächsischen Constitutionen v. J. 1572. P. 2. T. 48. daß die Gesammthänder schon bei Lebzeiten des Veräußerers die Revocationsklage haben sollen, wenn das Lehen ohne die Einwilligung des Lehensherrn veräußert worden, nicht auch anderwärts, wo dieses nicht gleichfalls verordnet ist, als eine sich von selbst verstehende Folge der gesammten Hand angesehen werden. Denn will man diese Befugniß daraus ableiten, daß das Recht der Gesammthänder ein gegenwärtiges sei, so erscheint die weitere Verfügung in dem angeführten T. 48., daß bei einer von dem Lehensherrn consentirten Veräußerung das Revocationsrecht erst nach

1) Reyscher, a. a. O.

dem Tode des Veräußerers und seiner Descendenz ausgeübt werden könne, als eine Inconsequenz, da nicht einzusehen ist, wie das Recht der Gesammthänder durch diese Einwilligung gekränkt werden kann. Eben so wenig läßt sich die Behauptung begründen, daß einem Dritten die gesammte Hand auf den Aperturfall nur mit Beistimmung des besitzenden Vasallen ertheilt werden könne[1]). Daß dieser Beistimmung hin und wieder Erwähnung geschieht[2]), erklärt sich daraus, daß dieselbe auch bei der Verleihung des Gedinges, nach einer in den Rechtsbüchern[3]) erwähnten Ansicht, für nöthig gehalten wurde.

III. Eventuelle Rechte der Familienglieder am Stammgute.

§. 13.

Verschiedene Ansichten.

Die Idee eines der Familie zustehenden Mit- oder Gesammteigenthums ist den Juristen bis in das achtzehnte Jahrhundert völlig fremd geblieben. Bynkershoek[4]) scheint der erste gewesen zu sein, der zur Erklärung der Intestaterbfolge ein solches Recht der Familie zu Hülfe nahm. Während nämlich vorher die Intestaterbfolge auf den vermuthlichen Willen des Erblassers zurückgeführt wurde[5]),

1) Vergl. hierüber *Kind*, quaest. for. t. 1. c. 3. (ed. 2)

2) z. B. in einer Urk. v. J. 1362. bei *Schilter*, cod. jur. feud. Al. p. 338.

3) Vet. auct. de benef. 1. §. 27. Sächs. L. R. 10. Schwäb. L. R. 85. (19).

4) Observ. jur. Rom. lib. 2. c. 1.

5) *Grotius*, de jure belli et pac. lib. 2. c. 7. §. 3. *Pufendorf*, de jure nat. et gent. lib. 4. c. 11.

weil nicht anzunehmen sei, daß der Verstorbene sein hinterlassenes Vermögen als ein herrenloses Gut demjenigen habe zuwenden wollen, der zuerst dessen Besitz ergreifen werde, glaubt Bynkershoek diesen Grund verwerfen zu müssen, weil, dessen Richtigkeit vorausgesetzt, auch die Ehefrau zu den regelmäßigen Intestaterben gehören müsse. Er ist vielmehr der Ansicht, daß die Familie eine Art Universitas bilde, deren Haupt der Parens sei. Schon bei dessen Lebzeiten gehöre den Kindern, als Gliedern der Familie, das Vermögen, und es werde ihnen Besitz [1]) und Eigenthum [2]) zugeschrieben. Die Kinder succedirten daher kraft dieses Besitzes und Eigenthums. Bynkershoek bezieht sich hierbei auf die bekannte Stelle in der Germania des Tacitus c. 20: Heredes tamen successoresque sui cuique liberi et nullum testamentum. Si liberi non sunt, proximus gradus in *possessione*, fratres, patrui, avunculi. Dasselbe soll von den Agnaten und Gentilen gelten, da dieselben durch den gemeinschaftlichen Stammvater gleichfalls der Familie angehört hätten. In der Folge seien freilich auch die Cognaten zur Intestaterbfolge zugelassen, dieses ändere aber nicht den ursprünglichen Grund derselben, sondern beweise nur, daß man später den Begriff der Familie erweitert, und auch die Cognaten dazu gerechnet habe.

---

1) l. 2. §. 2. D. pro herede (41. 5). Filium quoque donatam rem a patre pro herede usucapere negavit Servius: scilicet quia existimabat, naturalem *possessionem* penes eum fuisse vivo patre.

2) l. 11. D de lib. et post. (28. 2). In suis heredibus evidentius apparet, continuationem dominii eo rem perducere, ut nulla videatur hereditas fuisse, *quasi olim hi domini essent, qui etiam vivo patre quodammodo domini existimantur;* — itaque post mortem patris non hereditatem percipere videntur, sed magis liberam bonorum administrationem consequuntur.

Diese Ansicht, welche wegen ihres Widerspruches mit den klarsten Grundsätzen des römischen Rechtes bei den Civilisten keinen Beifall finden konnte, gelangte aber bald auf dem Gebiete des deutschen Rechtes zu großem Ansehen. Der Satz, daß das der Familie zustehende Mit- oder Gesammteigenthum der Grund der deutschen Erbfolge sei, galt als unbezweifelte Wahrheit[1]). Dennoch hielt man es nicht für nöthig, sich über das Wesen dieses der Familie zustehenden Rechtes zu verständigen, und in derselben unbestimmten Bedeutung, in welcher z. B. Fischer[2]) von einem „sammteigenthümlichen Recht" aller Menschen an der Erdoberfläche sprechen kann, ist auch die Rede von dem Gesammteigenthume der Familie. Nur Biener hat es versucht, die Natur desselben genauer zu entwickeln, jedoch scheint er darin nicht mit sich einig zu sein, ob er das Eigenthum der Familie oder den einzelnen Mitgliedern derselben, und zwar diesen in solidum beilegen soll[3]). Er unterscheidet (S. 55. ff.) das condom. *gentilitium*, welches die Blutsverwandten haben, das *pactitium*, eine Nachbildung desselben, wodurch auf dem Wege des Vertrages (wohin die Erbverbrüderung und Ganerbschaft gehört,) ein Miteigen-

---

1) *Otto* (pr. *Senckenberg*), diss. qua filiam ultimi gentis suae in regnis et principatibus privative succedere — illustratur (Goett. 1736.) §. 10. seqq. Reinhard, die Gemeinschaft als ein wahrer Grund der Erbfolge u. s. w. 1755. *Hellfeld*, progr. de successione ex jure communionis. 1758. *Walch*, de condominio successionis fundamento in Germania. 1773., besonders Fischer, Versuch über die Geschichte der teut. Erbfolge. 1778. S. 28—49. Pütter, Beit. zum Teut. Staats- und Fürstenrecht. 1779. Th. 2. N. 36. *Biener*, de natura et indole dominii. 1770. p. 28. seqq., p. 63. seqq.

2) a. a. O. S. 1. ff.

3) l. c. p. 33 41. 44. 51. 50.

thum und Erbrecht, wie es die Blutsverwandten haben, begründet wird, und das *feudale*, welches durch die beiden Arten der Gesammtbelehnung entstehet. Das Gesammteigenthum ist ihm ein volles, wenn die Gesammteigenthümer gleichzeitig den Besitz und Genuß haben, außerdem ein unvollständiges (minus plenum).

Das Gesammteigenthum der Familie sollte sich vornehmlich kund geben in dem Widerspruchsrechte des nächsten Erben gegen die Veräußerung des Erbgutes[1]), und Pütter[2]) legt auch darauf ein besonderes Gewicht, daß noch jetzt in manchen Städten die Gemeinschaft des Eigenthums der Grund der Erbfolge sei, indem die abgeschichteten Kinder von der Succession in den elterlichen Nachlaß ausgeschlossen würden, so lange noch nicht abgesonderte Kinder vorhanden wären. Der Ursprung dieses Gesammteigenthums wird auf eine Stelle bei Cäsar[3]) zurückgeführt, nach welcher der Grundbesitz den einzelnen „Geschlechtern und Sippschaften" zugetheilt sei; und daß sich dieses Recht der Familie auch später erhalten habe, soll aus der l. Alaman. c. 84. hervorgehen, wo das Verfahren bei einer Grenzstreitigkeit zwischen zwei Geschlechtern (Genealogieen) beschrieben wird[4]). Runde[5]) verwarf nach Majer's[6])

---

1) *Biener*, l. c. p. 35. seqq.

2) Erörtr. und Beisp. des Teut. Staats= und Fürstenr. 1793. Th. 1. S. 216. ff.

3) De bello Gallico lib. 6. c. 22. Neque quisquam agri modum certum aut fines habet proprios; sed magistratus aut principes in annos singulos *gentibus cognationibusque* hominum, qui una coierint, quantum et quo loco visum est, agri tribuunt, atque anno post alio loco transire cogunt.

4) Fischer, a. a. O. S. 49. ff.

5) Deut. P. R. §. 651.

6) Germaniens Urverfassung. 1798. S. 108–123.

Vorgange das Gesammteigenthum der Familie als „eine weder durch die Geschichte noch durch die Natur der Sache zu rechtfertigende völlig überflüssige Hypothese", und Eichhorn [1]) hielt dasselbe mit dem nach der angeführten Stelle des Tacitus dem mütterlichen Oheime zustehenden Successionsrechte nicht vereinbar. Auch Mittermaier [2]), Maurenbrecher [3]) und Beseler [4]) haben das Gesammteigenthum der Familie aufgegeben, welches dagegen von Phillips, wie schon oben (S. 19. f.) angeführt ist, und ganz neuerdings auch von Unger [5]) wieder in Schutz genommen ist. Einen klaren Begriff des Gesammteigenthums der Familie sucht man aber auch bei diesen Schriftstellern vergebens; denn die von dem erstern (§. 60.) gegebene Erläuterung, daß die ganze waffenfähige Descendenz des ersten Erwerbers ein Gesammtrecht an dem Grundstücke habe, dessen Gewere Einer von ihnen factisch ausübe, während jedem der Andern nur ein eventuelles Recht, eine eventuelle Gewere, daran zustehe, kann nicht für befriedigend gehalten werden.

Es ist aber auch gar kein Bedürfniß vorhanden, ein Gesammteigenthum der Familie anzunehmen; denn sowohl die deutsche Erbfolge überhaupt, als auch das Widerspruchsrecht des nächsten Erben läßt sich ohne dasselbe genügend erklären. Selbst wenn letzteres in der später erlangten Ausdehnung schon im ältesten Rechte vorhanden gewesen sein sollte, was Beseler (a. a. O.) mit überwiegenden

---

1) Rechtsgesch. §. 19. Deut. P. R. §. 169.

2) Deut. P. R. §. 432.

3) Deut. P. R. §. 214.

4) Erbvert. Th. 1. §. 5.

5) Die altdeut. Gerichtsverf. 1842. §. 2.

Gründen bestreitet [1]), so würde dadurch das Gesammteigenthum der Familie nicht bewiesen werden; denn der Widerspruch der nächsten Erben konnte eine aus echter Noth vorgenommene Veräußerung nicht ungültig machen, welches doch, wenn die Familie die Eigenthümerin gewesen wäre, hätte geschehen müssen, da die bedrängte Lage eines einzelnen Familiengliedes, wenngleich es der zeitige Besitzer war, das selbstständige Recht der Familie nicht aufheben konnte. Außerdem stand das Widerspruchsrecht nur dem nächsten Erben, nicht allen Familiengliedern zu, weshalb, wenn jener einwilligte, von diesen eine Anfechtung der Veräußerung nicht geschehen konnte, und das Grundstück also aus der Familie fiel [2]). Das Widerspruchsrecht des nächsten

---

1) Mit diesem Rechte des nächsten Erben ist auch nicht zu vereinigen die dem Vater nach den Formeln zustehende Befugniß, die Töchter neben den Söhnen zur Succession zu berufen. *Marc. form.* 2. 12. **Dulcissima filia mea illa. Diuturna, sed impia inter nos consuetudo tenetur, ut de terra paterna sorores cum fratribus portionem non habeant. Sed ego perpendens hanc impietatem — per hanc epistolam te, dulcissima filia mea, contra germanos, filios meos illos, in omni hereditate mea, aequalem et legitimam esse constituo heredem, ut tam de alode paterna, quam de comparatum — aequale lance cum filiis meis, germanis tuis, dividere et exaequare debeas et in nullo penitus portionem minorem, quam ipsi non accipias.** Append. *Marc.* 49.

2) Beseler, B. 2. Th. 2. S. 49. 50. Nach einer Urk. v. J. 1197. (*ab Erath*, cod. dipl. Quedlinburg. N. 36. p. 107) hatte der Vater, mit Einwilligung seines Sohnes, gewisse Grundstücke verschenkt; später fechtet der Sohn des letztern die Veräußerung an, weil er nicht consentirt habe, wird aber abgewiesen „cum tamen secundum consuetudinem terre et juris ordinem, *vivente patre suo, in bonis avi sui nichil juris haberet, suus super eo nullus requirendus esset consensus*“.

Erben gegen eine Veräußerung, die nicht durch echte Noth geboten war, wird hinreichend erklärt durch die Verpflichtung der Familie, für die Delictsschulden ihrer Mitglieder zu haften[1]), so wie durch die politische Bedeutung des Grundbesitzes[2]). Wenn Unger[3]) einen unverkennbaren Nachklang des ungetheilten Familienbesitzes in noch späterer Zeit in der Ansicht findet, daß durch Theilung des Erbes auch alle gegenseitigen Erbansprüche aufgehört hätten, welche Ansicht sich noch im 13. und 14. Jahrhunderte beim hohen Adel und bei Lehengütern finde, und zur Mutschirung und gesammten Hand geführt habe, durch welche die Anwendung dieses Princips habe vermieden werden sollen, so ist hiergegen zu erinnern, daß auf dem Gebiete des Landrechts die Theilung des Erbes die Succession nimmer entzogen hat. Die namentlich beim hohen Adel vorkommende Mutschirung hatte vielmehr denselben Zweck, welcher später durch ausdrücklich angeordnete Untheilbarkeit des Territoriums und Einführung der Primogenitur vollständiger erreicht wurde; und der später in den Stadtrechten sich findende Satz, daß die aus der Gemeinschaft abgesonderten Kinder ihre Eltern und Geschwister, welche darin verblieben sind, nicht beerben sollen, welchen Umstand, wie schon oben (S. 118.) angeführt ist, Pütter geltend macht, erklärt sich dadurch, daß eine solche Absonderung einzelner Kinder die Natur einer gänzlichen Abfindung hat. Das Erbrecht überhaupt ging aber dadurch nicht verloren; vielmehr succedirten auch die abgesonderten Kinder ihren Eltern,

---

1) Heise und Cropp, jurist. Abh. 2. S. 435. Sarauw in Falck's neuem staatsb. Magazin. B. 6. S. 141.

2) Maurenbrecher, deut. P. R. §. 214.

3) a. a. O. S. 6.

wenn dieselben ohne Testament verstarben, und nicht abgeschichtete Geschwister nicht vorhanden waren [1]).

Die Vertheidiger des Gesammteigenthums der Familie geben nun freilich zu, daß dasselbe für das heutige Recht im Ganzen untergegangen sei, behaupten aber, daß es im Stammgute des Adels jetzt noch fortdauere, weshalb es nöthig wird, auf diese Ansicht genauer einzugehen.

§. 14.

Stammgut des Adels und Familienfideicommiß.

Die Feststellung der Rechte des jeweiligen Fideicommißinhabers, denen der Anwärter gegenüber, hat die Juristen von jeher vielfach beschäftigt, und die verschiedensten Ansichten hervorgerufen. Die ältern Rechtslehrer [2]) glaubten, daß das Recht des zeitigen Fideicommißinhabers, da er weder unter Lebendigen noch von Todes wegen beliebig

---

1) Salzwedelsches Stadtrecht v. J. 1273. alte Uebersetzung (Förstemann, neue Mittheilungen aus d. Gebiete histor. antiquar. Forschungen. B. 4. S. 84.) §. 4. Weret, dat de olderen en kynt mit synem willen eliken bereyden, deme kynde schall nügen an deme gude, dar it mede beraden is; vnde sternet de vader edder de moder, so nympt it neyn erue mit den anderen erffnemeren, behaluen an dem lengude, dar de sone lik recht to hebben. sternen auer die erffnamen, so kumpt dat erste kynt wedder an syn erue. Aeltestes Stadtrecht von Lüneburg v. J. 1247. Art. 20. (Dreyer, Nebenst. S. 371). Lippische Verordnung über die eheliche Gütergemeinschaft v. J. 1786. §. 24. Heise und Cropp, a. a. O. 2. S. 265. f.

2) S. die bei *Molina,* **de Hispanorum primogeniorum origine et natura lib 1. c. 19. n. 1. seqq.** und *Knipschildt,* **de fideicommissis familiarum nobilium, sive de bonis, quae pro familiarum nobilium conservatione constituuntur,** von Stammgütern, **tractatus c. 10. n 6. seqq** citirten Schriftsteller.

über das Fideicommißgut verfügen könne, nur als Nießbrauch anzusehen sei; das Eigenthum aber schrieben sie dem jedesmaligen Nachfolger zu. Diese Ansicht ist auch wirklich in das Leben übergegangen; denn Molina [1]) versichert, mehrere Majorate zu kennen, bei welchen von dem Stifter ausdrücklich verordnet worden, daß der Inhaber nur Nutznießer, und der jedesmalige Nachfolger der Eigenthümer sein solle. Wie aber der vielleicht noch gar nicht geborene Nachfolger Eigenthümer sein kann, und wie die Verwandlung des Eigenthumes in einen bloßen Nießbrauch in dem Augenblicke, wo dem bisherigen nächsten Anwärter die Succession eröffnet wird, und der Uebergang des Eigenthums auf den jetzt nächsten Anwärter (wobei man unwillkürlich an ein Taschenspielerkunststück denkt,) juristisch möglich ist, wird nicht erklärt. Später siegte die, besonders von Molina und Knipschildt vertheidigte Ansicht, daß, nach Analogie des römischen Fideicommisses [2]), der jedesmalige Inhaber der Eigenthümer sei; die Rechte der Anwärter, welche die freie Verfügung über das Fideicommißvermögen beschränken, werden als eventuelle Successionsrechte aufgefaßt. Das Eigenthum des Fideicommißinhabers mußte aber seit der zweiten Hälfte des vorigen Jahrhunderts dem Gesammteigenthume der Familie weichen; und diese Ansicht ist, nur mit Vermeidung des Namens, in die neueren Gesetzgebungen übergegangen, indem sie der Familie oder den Anwärtern das Obereigenthum und dem jedesmaligen Besitzer das nutzbare Eigenthum beilegen [3]).

---

1) l. c. n. 35.

2) l. 42. D. de usur. (22. 1.), l. 63. pr. D. ad SC. Trebell. (36. 1.)

3) Preuß. Landr. Th. 2. Tit. 4. §. 72. „Dem jedesmaligen Fideicommißbesitzer gebührt das nutzbare Eigenthum des Fideicommisses.

lehnung zur gesammten Hand und die Eventualbelehnung, als zwei ganz verschiedene Arten, in einzelne Partikulargesetzgebungen nach der damals herrschenden Ansicht der Juristen übergegangen sind. Wie wenig man darüber aber zu klaren Begriffen gelangt ist, zeigen die bekannten über diesen Gegenstand zwischen Böhmer und Bauer gewechselten Streitschriften. Bemerkenswerth ist hier noch, daß nach dem sächsischen Mandate v. J. 1764. Tit. 1. §. 1. die von den Gesammthändern zu suchende Lehenserneuerung auch den Eventualbelehnten, wenigstens bei allen Veränderungen in der herrschenden Hand, zur Pflicht gemacht ist.

Die Gesammtbelehnung soll den Seitenverwandten nur ein solches Successionsrecht geben, wie es nach longobardischem Rechte jedem Agnaten, als Descendenten des ersten Erwerbers, zustehet, oder wie es einem Dritten die Eventualbelehnung gewährt [1]); so weit also die Partikularrechte nicht ausdrücklich etwas anderes festsetzen, können den Gesammthändern eben nur dieselben Rechte, wie den Agnaten nach longobardischem Recht oder den Eventualbelehnten zugestanden werden. Daher kann die Bestimmung der sächsischen Constitutionen v. J. 1572. P. 2. T. 48. daß die Gesammthänder schon bei Lebzeiten des Veräußerers die Revocationsklage haben sollen, wenn das Lehen ohne die Einwilligung des Lehensherrn veräußert worden, nicht auch anderwärts, wo dieses nicht gleichfalls verordnet ist, als eine sich von selbst verstehende Folge der gesammten Hand angesehen werden. Denn will man diese Befugniß daraus ableiten, daß das Recht der Gesammthänder ein gegenwärtiges sei, so erscheint die weitere Verfügung in dem angeführten T. 48., daß bei einer von dem Lehensherrn consentirten Veräußerung das Revocationsrecht erst nach

---

1) Reyscher, a. a. O.

dem Tode des Veräußerers und seiner Descendenz ausgeübt werden könne, als eine Inconsequenz, da nicht einzusehen ist, wie das Recht der Gesammthänder durch diese Einwilligung gekränkt werden kann. Eben so wenig läßt sich die Behauptung begründen, daß einem Dritten die gesammte Hand auf den Aperturfall nur mit Beistimmung des besitzenden Vasallen ertheilt werden könne[1]). Daß dieser Beistimmung hin und wieder Erwähnung geschieht[2]), erklärt sich daraus, daß dieselbe auch bei der Verleihung des Gedinges, nach einer in den Rechtsbüchern[3]) erwähnten Ansicht, für nöthig gehalten wurde.

III. Eventuelle Rechte der Familienglieder am Stammgute.

§. 13.

Verschiedene Ansichten.

Die Idee eines der Familie zustehenden Mit- oder Gesammteigenthums ist den Juristen bis in das achtzehnte Jahrhundert völlig fremd geblieben. Bynkershoek[4]) scheint der erste gewesen zu sein, der zur Erklärung der Intestaterbfolge ein solches Recht der Familie zu Hülfe nahm. Während nämlich vorher die Intestaterbfolge auf den vermuthlichen Willen des Erblassers zurückgeführt wurde[5]),

---

1) Vergl. hierüber *Kind*, quaest. for. t. 1. c. 3. (ed. 2)

2) z. B. in einer Urk. v. J. 1362. bei *Schilter*, cod. jur. feud. Al. p. 338.

3) Vet. auct. de benef. 1. §. 27. Sächs. L. R. 10. Schwäb. L. R. 85. (19).

4) Observ. jur. Rom. lib. 2. c. 1.

5) *Grotius*, de jure belli et pac. lib. 2. c. 7. §. 3. *Pufendorf*, de jure nat. et gent. lib. 4. c. 11.

weil nicht anzunehmen sei, daß der Verstorbene sein hinterlassenes Vermögen als ein herrenloses Gut demjenigen habe zuwenden wollen, der zuerst dessen Besitz ergreifen werde, glaubt Bynkershoek diesen Grund verwerfen zu müssen, weil, dessen Richtigkeit vorausgesetzt, auch die Ehefrau zu den regelmäßigen Intestaterben gehören müsse. Er ist vielmehr der Ansicht, daß die Familie eine Art Universitas bilde, deren Haupt der Parens sei. Schon bei dessen Lebzeiten gehöre den Kindern, als Gliedern der Familie, das Vermögen, und es werde ihnen Besitz [1]) und Eigenthum [2]) zugeschrieben. Die Kinder succedirten daher kraft dieses Besitzes und Eigenthums. Bynkershoek bezieht sich hierbei auf die bekannte Stelle in der Germania des Tacitus c. 20: Heredes tamen successoresque sui cuique liberi et nullum testamentum. Si liberi non sunt, proximus gradus in *possessione,* fratres, patrui, avunculi. Dasselbe soll von den Agnaten und Gentilen gelten, da dieselben durch den gemeinschaftlichen Stammvater gleichfalls der Familie angehört hätten. In der Folge seien freilich auch die Cognaten zur Intestaterbfolge zugelassen, dieses ändere aber nicht den ursprünglichen Grund derselben, sondern beweise nur, daß man später den Begriff der Familie erweitert, und auch die Cognaten dazu gerechnet habe.

---

1) l. 2. §. 2. D. pro herede (41. 5). Filium quoque donatam rem a patre pro herede usucapere negavit Servius: scilicet quia existimabat, naturalem *possessionem* penes eum fuisse vivo patre.

2) l. 11. D de lib. et post. (28. 2). In suis heredibus evidentius apparet, continuationem dominii eo rem perducere, ut nulla videatur hereditas fuisse, *quasi olim hi domini essent, qui etiam vivo patre quodammodo domini existimantur;* — itaque post mortem patris non hereditatem percipere videntur, sed magis liberam bonorum administrationem consequuntur.

Diese Ansicht, welche wegen ihres Widerspruches mit den klarsten Grundsätzen des römischen Rechtes bei den Civilisten keinen Beifall finden konnte, gelangte aber bald auf dem Gebiete des deutschen Rechtes zu großem Ansehen. Der Satz, daß das der Familie zustehende Mit- oder Gesammteigenthum der Grund der deutschen Erbfolge sei, galt als unbezweifelte Wahrheit [1]). Dennoch hielt man es nicht für nöthig, sich über das Wesen dieses der Familie zustehenden Rechtes zu verständigen, und in derselben unbestimmten Bedeutung, in welcher z. B. Fischer [2]) von einem „sammteigenthümlichen Recht" aller Menschen an der Erdoberfläche sprechen kann, ist auch die Rede von dem Gesammteigenthume der Familie. Nur Biener hat es versucht, die Natur desselben genauer zu entwickeln, jedoch scheint er darin nicht mit sich einig zu sein, ob er das Eigenthum der Familie oder den einzelnen Mitgliedern derselben, und zwar diesen in solidum beilegen soll [3]). Er unterscheidet (S. 55. ff.) das condom. *gentilitium*, welches die Blutsverwandten haben, das *pactitium*, eine Nachbildung desselben, wodurch auf dem Wege des Vertrages (wohin die Erbverbrüderung und Ganerbschaft gehört,) ein Miteigen-

---

1) *Otto* (pr. *Senckenberg*), diss. qua filiam ultimi gentis suae in regnis et principatibus privative succedere — illustratur (Goett. 1736.) §. 10. seqq. Reinhard, die Gemeinschaft als ein wahrer Grund der Erbfolge u. s. w. 1755. *Hellfeld*, progr. de successione ex jure communionis. 1758. *Walch*, de condominio successionis fundamento in Germania. 1773., besonders Fischer, Versuch über die Geschichte der teut. Erbfolge. 1778. S. 28—49. Pütter, Beit. zum Teut. Staats- und Fürstenrecht. 1779. Th. 2. N. 36. *Biener*, de natura et indole dominii. 1770. p. 28. seqq., p. 63. seqq.

2) a. a. O. S. 1. ff.

3) l. c. p. 33 41. 44. 51. 50.

thum und Erbrecht, wie es die Blutsverwandten haben, begründet wird, und das *feudale*, welches durch die beiden Arten der Gesammtbelehnung entstehet. Das Gesammteigenthum ist ihm ein volles, wenn die Gesammteigenthümer gleichzeitig den Besitz und Genuß haben, außerdem ein unvollständiges (minus plenum).

Das Gesammteigenthum der Familie sollte sich vornehmlich kund geben in dem Widerspruchsrechte des nächsten Erben gegen die Veräußerung des Erbgutes [1]), und Pütter [2]) legt auch darauf ein besonderes Gewicht, daß noch jetzt in manchen Städten die Gemeinschaft des Eigenthums der Grund der Erbfolge sei, indem die abgeschichteten Kinder von der Succession in den elterlichen Nachlaß ausgeschlossen würden, so lange noch nicht abgesonderte Kinder vorhanden wären. Der Ursprung dieses Gesammteigenthums wird auf eine Stelle bei Cäsar [3]) zurückgeführt, nach welcher der Grundbesitz den einzelnen „Geschlechtern und Sippschaften" zugetheilt sei; und daß sich dieses Recht der Familie auch später erhalten habe, soll aus der l. Alaman. c. 84. hervorgehen, wo das Verfahren bei einer Grenzstreitigkeit zwischen zwei Geschlechtern (Genealogieen) beschrieben wird [4]). Runde [5]) verwarf nach Majer's [6])

---

1) *Biener*, l. c. p. 35. seqq.

2) Erörtr. und Beisp. des Teut. Staats- und Fürstenr. 1793. Th. 1. S. 216. ff.

3) De bello Gallico lib. 6. c. 22. Neque quisquam agri modum certum aut fines habet proprios; sed magistratus aut principes in annos singulos *gentibus cognationibusque* hominum, qui una coierint, quantum et quo loco visum est, agri tribuunt, atque anno post alio loco transire cogunt.

4) Fischer, a. a. O. S. 49. ff.

5) Deut. P. R. §. 651.

6) Germaniens Urverfassung. 1798. S. 108—123.

Vorgange das Gesammteigenthum der Familie als „eine weder durch die Geschichte noch durch die Natur der Sache zu rechtfertigende völlig überflüssige Hypothese", und Eichhorn[1]) hielt dasselbe mit dem nach der angeführten Stelle des Tacitus dem mütterlichen Oheime zustehenden Successionsrechte nicht vereinbar. Auch Mittermaier[2]), Maurenbrecher[3]) und Beseler[4]) haben das Gesammteigenthum der Familie aufgegeben, welches dagegen von Phillips, wie schon oben (S. 19. f.) angeführt ist, und ganz neuerdings auch von Unger[5]) wieder in Schutz genommen ist. Einen klaren Begriff des Gesammteigenthums der Familie sucht man aber auch bei diesen Schriftstellern vergebens; denn die von dem erstern (§. 60.) gegebene Erläuterung, daß die ganze waffenfähige Descendenz des ersten Erwerbers ein Gesammtrecht an dem Grundstücke habe, dessen Gewere Einer von ihnen factisch ausübe, während jedem der Andern nur ein eventuelles Recht, eine eventuelle Gewere, daran zustehe, kann nicht für befriedigend gehalten werden.

Es ist aber auch gar kein Bedürfniß vorhanden, ein Gesammteigenthum der Familie anzunehmen; denn sowohl die deutsche Erbfolge überhaupt, als auch das Widerspruchsrecht des nächsten Erben läßt sich ohne dasselbe genügend erklären. Selbst wenn letzteres in der später erlangten Ausdehnung schon im ältesten Rechte vorhanden gewesen sein sollte, was Beseler (a. a. O.) mit überwiegenden

1) Rechtsgesch. §. 19. Deut. P. R. §. 169.

2) Deut. P. R. §. 432.

3) Deut. P. R. §. 214.

4) Erbvert. Th. 1. §. 5.

5) Die altdeut. Gerichtsverf. 1842. §. 2.

Gründen bestreitet [1]), so würde dadurch das Gesammteigenthum der Familie nicht bewiesen werden; denn der Widerspruch der nächsten Erben konnte eine aus echter Noth vorgenommene Veräußerung nicht ungültig machen, welches doch, wenn die Familie die Eigenthümerin gewesen wäre, hätte geschehen müssen, da die bedrängte Lage eines einzelnen Familiengliedes, wenngleich es der zeitige Besitzer war, das selbstständige Recht der Familie nicht aufheben konnte. Außerdem stand das Widerspruchsrecht nur dem nächsten Erben, nicht allen Familiengliedern zu, weshalb, wenn jener einwilligte, von diesen eine Anfechtung der Veräußerung nicht geschehen konnte, und das Grundstück also aus der Familie fiel [2]). Das Widerspruchsrecht des nächsten

---

1) Mit diesem Rechte des nächsten Erben ist auch nicht zu vereinigen die dem Vater nach den Formeln zustehende Befugniß, die Töchter neben den Söhnen zur Succession zu berufen. *Marc.* form. 2. 12. **Dulcissima filia mea illa. Diuturna, sed impia inter nos consuetudo tenetur, ut de terra paterna sorores cum fratribus portionem non habeant. Sed ego perpendens hanc impietatem — per hanc epistolam te, dulcissima filia mea, contra germanos, filios meos illos, in omni hereditate mea, aequalem et legitimam esse constituo heredem, ut tam de alode paterna, quam de comparatum — aequale lance cum filiis meis, germanis tuis, dividere et exaequare debeas et in nullo penitus portionem minorem, quam ipsi non accipias.** Append. *Marc.* 49.

2) Beseler, B. 2. Th. 2. S. 49. 50. Nach einer Urk. v. J. 1197. (*ab Erath*, cod. dipl. Quedlinburg. N. 36. p. 107) hatte der Vater, mit Einwilligung seines Sohnes, gewisse Grundstücke verschenkt; später fechtet der Sohn des letztern die Veräußerung an, weil er nicht consentirt habe, wird aber abgewiesen „cum tamen secundum consuetudinem terre et juris ordinem, *vivente patre suo, in bonis avi sui nichil juris haberet, suus super eo nullus requirendus esset consensus*“.

Erben gegen eine Veräußerung, die nicht durch echte Noth geboten war, wird hinreichend erklärt durch die Verpflichtung der Familie, für die Delictsschulden ihrer Mitglieder zu haften[1]), so wie durch die politische Bedeutung des Grundbesitzes[2]). Wenn Unger[3]) einen unverkennbaren Nachklang des ungetheilten Familienbesitzes in noch späterer Zeit in der Ansicht findet, daß durch Theilung des Erbes auch alle gegenseitigen Erbansprüche aufgehört hätten, welche Ansicht sich noch im 13. und 14. Jahrhunderte beim hohen Adel und bei Lehengütern finde, und zur Mutschirung und gesammten Hand geführt habe, durch welche die Anwendung dieses Princips habe vermieden werden sollen, so ist hiergegen zu erinnern, daß auf dem Gebiete des Landrechts die Theilung des Erbes die Succession nimmer entzogen hat. Die namentlich beim hohen Adel vorkommende Mutschirung hatte vielmehr denselben Zweck, welcher später durch ausdrücklich angeordnete Untheilbarkeit des Territoriums und Einführung der Primogenitur vollständiger erreicht wurde; und der später in den Stadtrechten sich findende Satz, daß die aus der Gemeinschaft abgesonderten Kinder ihre Eltern und Geschwister, welche darin verblieben sind, nicht beerben sollen, welchen Umstand, wie schon oben (S. 118.) angeführt ist, Pütter geltend macht, erklärt sich dadurch, daß eine solche Absonderung einzelner Kinder die Natur einer gänzlichen Abfindung hat. Das Erbrecht überhaupt ging aber dadurch nicht verloren; vielmehr succedirten auch die abgesonderten Kinder ihren Eltern,

1) Heise und Cropp, jurist. Abh. 2. S. 435. Sarauw in Falck's neuem staatsb. Magazin. B. 6. S. 141.

2) Maurenbrecher, deut. P. R. §. 214.

3) a. a. O. S. 6.

wenn dieselben ohne Testament verstarben, und nicht abgeschichtete Geschwister nicht vorhanden waren [1]).

Die Vertheidiger des Gesammteigenthums der Familie geben nun freilich zu, daß dasselbe für das heutige Recht im Ganzen untergegangen sei, behaupten aber, daß es im Stammgute des Adels jetzt noch fortdauere, weshalb es nöthig wird, auf diese Ansicht genauer einzugehen.

§. 14.

Stammgut des Adels und Familienfideicommiß.

Die Feststellung der Rechte des jeweiligen Fideicommißinhabers, denen der Anwärter gegenüber, hat die Juristen von jeher vielfach beschäftigt, und die verschiedensten Ansichten hervorgerufen. Die ältern Rechtslehrer [2]) glaubten, daß das Recht des zeitigen Fideicommißinhabers, da er weder unter Lebendigen noch von Todes wegen beliebig

---

1) Salzwedelsches Stadtrecht v. J. 1273. alte Uebersetzung (Förstemann, neue Mittheilungen aus d. Gebiete histor. antiquar. Forschungen. B. 4. S. 84.) §. 4. Weret, dat de olderen en kynt mit synem willen eliken bereyden, deme kynde schall nügen an deme gude, dar it mede beraden is; vnde sternet de vader edder de moder, so nympt it neyn erue mit den anderen erffnemeren, behaluen an dem lengude, dar de sone lik recht to hebben. sternen auer die erffnamen, so kumpt dat erste kynt wedder an syn erue. Aeltestes Stadtrecht von Lüneburg v. J. 1247. Art. 20. (Dreyer, Nebenst. S. 371). Lippische Verordnung über die eheliche Gütergemeinschaft v. J. 1786. §. 24. Heise und Cropp, a. a. O. 2. S. 265. f.

2) S. die bei *Molina*, **de Hispanorum primogeniorum origine et natura lib 1. c. 19. n. 1 seqq.** und *Knipschildt*, **de fideicommissis familiarum nobilium, sive de bonis, quae pro familiarum nobilium conservatione constituuntur,** von Stammgütern, **tractatus c. 10. n 6. seqq** citirten Schriftsteller.

über das Fideicommißgut verfügen könne, nur als Nießbrauch anzusehen sei; das Eigenthum aber schrieben sie dem jedesmaligen Nachfolger zu. Diese Ansicht ist auch wirklich in das Leben übergegangen; denn Molina [1]) versichert, mehrere Majorate zu kennen, bei welchen von dem Stifter ausdrücklich verordnet worden, daß der Inhaber nur Nutznießer, und der jedesmalige Nachfolger der Eigenthümer sein solle. Wie aber der vielleicht noch gar nicht geborene Nachfolger Eigenthümer sein kann, und wie die Verwandlung des Eigenthumes in einen bloßen Nießbrauch in dem Augenblicke, wo dem bisherigen nächsten Anwärter die Succession eröffnet wird, und der Uebergang des Eigenthums auf den jetzt nächsten Anwärter (wobei man unwillkürlich an ein Taschenspielerkunststück denkt,) juristisch möglich ist, wird nicht erklärt. Später siegte die, besonders von Molina und Knipschildt vertheidigte Ansicht, daß, nach Analogie des römischen Fideicommisses [2]), der jedesmalige Inhaber der Eigenthümer sei; die Rechte der Anwärter, welche die freie Verfügung über das Fideicommißvermögen beschränken, werden als eventuelle Successionsrechte aufgefaßt. Das Eigenthum des Fideicommißinhabers mußte aber seit der zweiten Hälfte des vorigen Jahrhunderts dem Gesammteigenthume der Familie weichen; und diese Ansicht ist, nur mit Vermeidung des Namens, in die neueren Gesetzgebungen übergegangen, indem sie der Familie oder den Anwärtern das Obereigenthum und dem jedesmaligen Besitzer das nutzbare Eigenthum beilegen [3]).

---

1) l. c. n. 35.

2) l. 42. D. de usur. (22. 1.), l. 63. pr. D. ad SC. Trebell. (36. 1)

3) Preuß. Landr. Th. 2. Tit. 4. §. 72. „Dem jedesmaligen Fideicommißbesitzer gebührt das nutzbare Eigenthum des Fideicommisses.

Auch die neueren Juristen haben es an Versuchen nicht fehlen lassen, das Verhältniß des Inhabers und der Anwärter zu dem Fideicommißvermögen auf andere Weise sich klar zu machen. So stellte Pfeiffer [1]) den von ihm selbst als „etwas paradox" bezeichneten Satz auf, daß weder dem Inhaber des Stammgutes, noch den zur Succession berufenen Personen irgend ein Eigenthumsrecht daran zustehe. Nach der Ansicht des Stifters habe nämlich das Fideicommiß den Zweck, den Glanz der Familie zu erhalten; der jedesmalige Inhaber solle daher nur den Besitz und Genuß haben, und ein gleich eventuelles Recht stehe auch den Anwärtern zu; es könne daher jener so wenig, als diese, ein Eigenthumsrecht haben. Das zum Beweise der Möglichkeit dieses Falles angeführte Beispiel, daß nämlich, wenn dem einen der Nießbrauch, und einem andern nach dessen Tode das Eigenthum legirt worden, inzwischen kein Eigenthümer dieser Sache vorhanden sei, ist unpassend gewählt, da hier bis zum Tode des Usufructuars der Erbe unbezweifelt Eigenthümer ist. Pfeiffer scheint aber auch dieser Ansicht nicht recht zu trauen, indem er noch darauf hinweiset, daß man als interimistischen Eigenthümer den Staat ansehen könne, welcher die Verbindlichkeit habe, für Aufrechthaltung der gesetzmäßig angeordneten Fideicommißstiftung zu sorgen, und solchergestalt den Verstorbenen gewissermaßen repräsentire.

---

§. 73. Das Obereigenthum befindet sich bei der ganzen Familie". Oesterr. Gesetzb. §. 629. „Das Eigenthum des Fideicommiß-Vermögens ist zwischen allen Anwärtern und dem jedesmaligen Fideicommiß-Inhaber getheilt. Jenen kommt das Obereigenthum allein, diesem aber auch das Nutzungseigenthum zu".

1) Vermischte Aufsätze (1802.) S. 5.

Wieder anders faßt Vollgraff[1]) das Verhältniß auf, indem er der Ansicht ist, daß als Eigenthümer „fortwährend ideell der Constituent“ anzusehen sei, „an dessen Stelle vermöge einer Fiction und als Garant aller letzten Willens-Ordnungen der Staat getreten“. Der Constituent habe durch die Anordnung des Fideicommisses den Zweck gehabt, den Glanz und Namen der Familie zu erhalten, daher müßten dem jedesmaligen Inhaber die wesentlichsten Proprietätsbefugnisse entzogen sein, und derselbe erscheine daher lediglich als Nutznießer. Aus dieser Ansicht wird (S. 119. ff.) die Folgerung gezogen, daß nach dem Tode des letzten vom Mannsstamme das Fideicommiß den Erben des „in der Idee seither als alleiniger Eigenthümer forteristirt habenden ersten Stifters wieder anheim falle, gerade so, wie der Eigenthümer den einem Dritten verliehenen Nießbrauch wieder mit seiner Proprietät consolidirt, wenn der Nutznießer stirbt“.

Mittlerweile hatte sich die Ansicht Geltung verschafft, daß als Subject des Gesammteigenthums eine juristische Person gedacht werden müsse (S. 12.), eine Ansicht, welche in ihrer Anwendung auf das Stammgut des Adels zu dem Resultate führte, daß der Familie, als juristischer Person, das Eigenthum zustehe. Bei Kohler[2]) findet sich hierüber folgende Deduction: „Das Stammgut des mittelbaren hohen Adels bedeutet dasjenige Gut, welches einer Familie dieses Standes als Eigenthum zusteht, und eine Bedingung ihres Standes bildet. Familie wird hier als eine *universitas personarum*, als eine moralische Person gedacht, dergestalt, daß alle einzelnen lebenden männlichen Mitglieder der Familie und ihre männliche Nachkommenschaft —

---

1) Vermischte Abhandl. (1822.) B. 1. S. 108. ff.

2) Handb. des deut. Privatfürstenrechts (1832.) §. 69.

im Rechtssinne als Eine Person, Ein Subject existiren, und zwar in demselben Rechtssinne nicht nach und auf einander, sondern neben einander gleichsam als corpus. (Nur dadurch wird der Begriff erschöpft). Die ältesten und neuesten Urkunden darüber drücken dieses mit den Worten: „Namen und Stamm" aus, und setzen den Zweck des Gutes dahin, im Mannsstamme den Namen der Familie zu erhalten". — — Im §. 70. macht sich aber wieder die alte Ansicht vom Gesammteigenthume, als einem dominium plurium in solidum, geltend, welches mit dem der Familie, als juristischer Person, beigelegten seltsam contrastirt: „1. Das Stammgut ist ein Gesammteigenthum der Familie und jedes wahre Mitglied der Familie hat daran ein solidarisches, nicht theilweises Eigenthum, d. h. sein Miteigenthum erstreckt sich auf das ganze Gut, und begründet dadurch den Begriff des Gesammteigenthums. 2. Der oder die jeweiligen Besitzer sind nicht allein Eigenthümer, sondern sie sind bloß Miteigenthümer des Gesammteigenthums, und Gesammteigenthümer sind die lebenden männlichen wahren Mitglieder der Familie und ihre ganze männliche Nachkommenschaft" — —.

In der letzten Bearbeitung dieser Lehre durch von Salza und Lichtenau[1]) wird die ganze Frage sehr kurz abgethan. Die Rechte der Anwärter sind nach §. 10. und 53. eventuelle Successionsrechte; der Fideicommißbesitzer hat nach §. 84. einen „Nießbrauch, der mit einiger Proprietät verbunden ist", welcher nach dem angenommenen Sprachgebrauche ein Nutzungseigenthum („Fideicommiß-Nutzungseigenthum") genannt werden könne, jedoch von dem vasallitischen nutzbaren Eigenthume verschieden sei.

1) Die Lehre von Familien-, Stamm- und Geschlechtsfideicommissen. 1838.

Der Grund, warum der Fideicommißinhaber nicht als voller Eigenthümer angesehen werden dürfe, wird in der Beschränkung der Dispositionsbefugniß gesucht, wie sie zum Schutze der eventuellen Rechte der Anwärter geboten ist. Wer ist denn aber Eigenthümer?

Obgleich Beseler der Ansicht ist, daß nach den Grundsätzen des ältern deutschen Rechtes ein Gesammteigenthum der Familie am Grundbesitz unerweislich sei, so glaubt er doch, daß in Folge späterer Rechtsentwickelung die Familie des deutschen Adels, vornehmlich durch das Bedürfniß, das unbewegliche Vermögen in ihrem Interesse zusammen zu halten, sich enger zusammen geschlossen habe, und daß für das neuere Recht ein Gesammteigenthum der Familie des hohen Adels angenommen werden müsse [1]); denn es habe sich dieselbe auch rücksichtlich des Güterrechts als eine Genossenschaft constituirt, welche als selbstständiges Rechtssubject Inhaberin von Eigenthumsrechten geworden sei. Als das Mittel, welches jenen genossenschaftlichen Charakter der Familie begründete, und seine Einwirkung auf das Güterrecht, wodurch eben das Gesammteigenthum in dieser Anwendung hervorgerufen ward, möglich machte, betrachtet Beseler die autonomische Beliebung, welche die innere Verfassung der Familie feststellte und ordnete; durch diese autonomische Beliebung sei aber nicht jedesmal ein ganz bestimmtes Rechtsinstitut oder Prinzip in scharfen Umrissen anerkannt oder begründet worden, sondern die Institute hätten sich erst allmälig, je nachdem das Bedürfniß auf sie hingewiesen, ausgebildet; dahin gehöre die Ausschließung der Töchter von der Succession und das Verbot der Veräußerung. Hier trete schon entschieden der Hauptpunkt hervor, daß man sich im Allgemeinen nicht mehr mit dem

1) a. a. O. Th. 2. B. 2. 1840. S. 51. ff.

im ältern Rechte festgestellten Beispruchsrecht der nächsten Erben begnügt, sondern, die Befugniß der Einzelnen beschränkend, die Familie als solche hervorgehoben, und, indem in ihrem Interesse das Vermögen bei ihr zusammengehalten worden, ein eigentliches Gesammteigenthum begründet habe. Die vertragsmäßige Unveräußerlichkeit habe die Güter unmittelbar ergriffen, und als Inhaberin des Eigenthums die Familie den einzelnen Genossen substituirt. Zum Abschlusse sei diese Bewegung im Familienrechte des Adels aber erst durch die Einführung besonderer Successionsordnungen gelangt, welche im Mannsstamme selbst die Bevorzugung des Einzelnen festgestellt hätten. Die Vermischung zwischen dem Rechte der Gesammtheit und dem Sonderrechte der Einzelnen, welche in Beziehung auf das Vermögen eben das Gesammteigenthum ausmachen soll, gestaltet sich nun nach Beseler S. 56. ff. auf folgende Weise:

„1) Die Familie, im gemeinsamen Beschluß ihrer vollberechtigten Mitglieder vertreten, ist im Allgemeinen die berechtigte Person und die Eigenthümerin ihres Vermögens. Sie allein kann daher solche Anordnungen treffen, welche sich auf ihre, autonomisch festgestellte Verfassung beziehen, und die Substanz ihres Vermögens afficiren; jede Veräußerung also, wozu auch die Verpfändung und die Uebernahme dinglicher Lasten gehört, kann nur durch sie geschehen.

2) Die einzelnen Mitglieder der Familie sind verschieden gestellt.

a) Der Erstgeborene succedirt jure proprio et singulari, in Folge der Familienbeliebung; er hat die Benutzung und Verwaltung des Familienvermögens, doch unbeschadet seiner Proprietät und Substanz; von ihm werden die Abfindungen und Aussteuern berichtigt; er trägt überhaupt die auf dem Vermögen ruhenden Lasten; er ist

als Vertreter der Gesammtheit nach außen hin formell legitimirt —.

b) Die andern Familienglieder haben das Recht der Nachfolge, obgleich es nur ein eventuelles ist, so gut gewonnen, wie der Erstgeborene das seinige; auch ihre Zustimmung ist also zur Veränderung der Successionsordnung nöthig. Sie haben ferner einen gesicherten Anspruch auf die andern ihnen autonomisch zugestandenen Familienrechte, namentlich auf eine gewisse Abfindung aus dem Familienvermögen, — und die vollberechtigten Agnaten endlich sind zur Theilnahme an den Beschlüssen der Familie berechtigt. Alle diese Rechte nun sind sie auch selbständig zu schützen befugt, weil sie ein sogleich wirksames Interesse an deren Bewahrung haben. Wenn jedoch unmittelbar allein das Recht der Gesammtheit verletzt ist, das der Einzelnen aber bloß, insoweit sie deren Genossen sind, ist auch nur jene, im Gegensatze zu dem eigenmächtig Handelnden, zur Klage befugt. Dieß bezieht sich namentlich auf einseitige Veräußerungen des zeitigen Inhabers der Familiengüter, gegen die der Einzelne, wie die Agnaten des longobardischen Lehnrechts, wohl nur dann, wenn er zur Succession gelangt ist, ein Revocationsrecht geltend machen kann". — —

Daß das Verbot der Veräußerung der Familiengüter und die Einführung einer bestimmten Successions-Ordnung, nach welcher dieselben in der Hand eines Einzigen zusammengehalten werden sollen, lediglich in der Absicht geschehen ist, der Familie des hohen Adels ihre politische Bedeutung zu sichern, ist fast in allen hierher gehörigen Dispositionen ausdrücklich hervorgehoben [1]); allein daraus folgt noch

1) Testament Herzogs Johann Adolf von Holstein v. J. 1608. (Moser, teut. Staats-R. T. 13. S. 171.) „Wir thun kund — Nachdem wir mit Herrn Johann Friderichen — Unserm

nicht, daß der Familie, als einem selbstständigen Rechtssubjecte, das Eigenthum des Stammgutes zugeschrieben werden müßte. Zunächst darf doch angenommen werden, daß die Familie ihrer Rechtssubjectivität, wenn dieselbe wirklich vorhanden wäre, sich hätte bewußt werden müssen; unter dieser Voraussetzung ist es aber ganz unerklärlich, daß nicht in den zahllosen Hausverträgen und Testamenten, welche die Unveräußerlichkeit und die Succession eines Einzigen festsetzen, irgend wie einmal eine Wendung vorkommen sollte, in welcher der Familie das Eigenthum zugeschrieben

---

freundlichen geliebten Brudere nun etliche Jahr hero wegen der von Sr. Lbden gesuchten brüderlichen Erb- und Land-Theilung in Rechtfertigung gestanden, welche sich auch also gefährlich angelassen, daß dahero und da solche begehrte **Division** bey dem Fürstlichen Hause Holstein eingeführt werden sollte, nichts anders, als der endliche Untergang desselben Unsers Fürstlichen Stammes, Tituls und Nahmens zu besorgen". Es wird daher Primogenitur-Ordnung eingeführt. Test. Herzogs Eberhard 3. von Württemberg von 1664. (Daselbst, S. 245.) „Und dafern ins künftig ein jeder **Primogenitus** und regierender Herr seine nachgebohrne Brüder dergestalten mit incorporirten Herrschaften, Städten und Aemtern **appanagiren** und abfertigen sollte, endlich die künftige **Successores** im Regiment Hertzogen ohne Hertzogthum werden müßten". Test. Herzogs Christian zu Sachsen Merseburg von 1688. (Daselbst, S. 435.) „Als wodurch (Theilung des Territoriums) gleich einer Ableitung großer Schiffreicher Flüsse in kleine verächtliche Bäche, nicht allein vornehme alte Häuser an ihrem Namen, **Reputation** und Kräfften augenscheinlich geschwächet und herunter kommen, sondern auch Land und Leute, sowohl zu solcher Fürstl. Häuser selbst, als auch des gemeinen Wesens Schaden und Nachtheil zerrüttet und zertrennet, durch die verderbliche **Assortirung** Fürstl. Ansehens gänzlichen erschöpffet und ins Verderben gestürtzet werden". Des Grafen Hugo Primogenitur Verordnung für das gräfliche Haus Königseck von 1666. (Daselbst, S. 295.)

wird. Beseler[1]) glaubt nun allerdings, daß in den Worten der väterlichen Disposition des Grafen Philipp von Schaumburg Lippe vom J. 1668: — „Unsere Land und Leute, welche theils von dem Fürstl. Hause Hessen Wir zu Lehen recognosciren, theils mit einem *pacto familiae* afficirt sein“ —[2]) besonders deutlich ausgesprochen sei, daß der Familie das Eigenthum zustehe; allein diese Worte enthalten weiter nichts, als eine Beziehung auf das im weitern Verlaufe der Disposition auch erwähnte, mit dem Hause Lippe Detmold abgeschlossene pactum unionis.

Dagegen geht aus den die Unveräußerlichkeit und Primogeniturfolge anordnenden Verfügungen deutlich hervor, daß der jedesmalige Primogenitus der alleinige Eigenthümer ist, soweit nämlich der (privatrechtliche) Begriff des Eigenthums in diesem Verhältnisse überhaupt anwendbar erscheint. Es ist freilich darauf kein Gewicht zu legen, wenn dem Primogenitus das *dominium* zugeschrieben wird:

Privil. Kaisers Friedrich 1. vom J. 1156. (Moser, a. a. O. Th. 12. S. 380.):

Inter Duces Austriae, qui Senior fuerit, *Dominium* habeat dictae Terrae, ad cujus etiam Seniorem Filium Jure hereditario deducatur, ita tamen, ut ab ejusdem sanguinis stipite non recedat, nec Ducatus Austriae ullo unquam tempore divisionis alicujus recipiat sectionem.

Aurea Bulla c. 25. §. 3:

Primogenitus filius succedat in eis sibique soli *jus* et *dominium* competat;

indem hierunter die Herrschaft (Regierung) zu verstehen ist[3]),

1) a. a. O. S. 54.

2) Moser, a. a. O. S. 318.

3) *Biener*, l. c. p. 25. seqq. Op. acad. vol. 1. p. 35. Note *.

wie es denn auch in der Bestätigung des erwähnten Privilegiums v. J. 1156. durch Karl 5. v. J. 1522. heißt: „der Aeltest unter den Hertzogen soll die Herrschafft des Landes haben" [1]). Für die Natur des dem Primogenitus zustehenden Rechtes ist vielmehr der Umstand entscheidend, daß in den zahllosen Fällen, in welchen die Primogeniturfolge durch eine letztwillige Disposition des Stammvaters eingeführt wird, dieses regelmäßig in der Form der Einsetzung des Primogenitus zum Erben geschehen ist:

Testament Kaisers Ferdinand 2. v. J. 1621. (Moser, a. a. O. Th. 12. S. 414.):

„Nachdem Uns denn für das Fünffte der liebe Gott — mit ehelichen Leibes-Erben, Söhnen und Töchtern begabet und erfreyet, Nahmens Ferdinand Ernst, Leopold Wilhelm, Maria Anna, Cäcilia Renata, so instituiren, nennen und setzen Wir zu Unsern unwidersprechlichen rechten natürlichen Universal-Erben Unsern freundlichen geliebten Sohn Ferdinand Ernst, daß er nemblich alle Unsere zugehörige Erb-Königreich, Erbhertzog- und Fürstenthum — — mit allen und jeden ihren Ein- und Zugehörungen — — als der erst oder elteste gebohren und nach Uns Regierender König, Herr und Landsfürst allein inhaben, regieren, herrschen und genüssen — solle".

Disposition Herzogs Moritz von Sachsen Zeitz v. J. 1681. (Moser, a. a. O. Th. 14. S. 36):

Derowegen setzen Wir zu Unserm einigen wahren und *universal*-Erben und Nachfolgern am Regiment — — Unsern geliebten ältesten Sohn — —. Der von Uns also instituirte Universal-Erbe, Unser ältester Sohn, oder ältesten Sohns ältester junger Herr und so fort an, soll nun Unsere sämmtliche Land und Leute, — — in

---

1) Moser, a. a. O. Th. 12. S. 380.

aller Masse, wie Wir vi **Testamenti** et **Pacti** oder sonst Rechtswegen, solche Lande und Leute erlanget, besessen, genutzet und gebrauchet haben oder gebrauchen können, allein haben, nützen und gebrauchen, regieren und administriren [1]).

Test. Herzogs Eberhard 3. von Württemberg v. J. 1644. Art. 4. (Moser a. a. O. Th. 13. S. 246.):

Weilen das **Jus Primogeniturae** in dero löblichen Haus Württemberg keinen **Condominum** oder **Conpossessorem** leidet, sondern des Erstgebohrnen *Legitima* das gantze völlige Hertzogthum ist und sein solle; Als thun Ihro Fürstl. Durchl. — Dero ältisten Sohn, Hertzog Wilhelm Ludewig, zum **Universal-Successor** und Erben Ihro Fürstl. Durchl. und Dero Fürstl. Hauses Hertzogthum — einsetzen.

Die Einsetzung des Primogenitus zum alleinigen Erben kann nicht anders verstanden werden, als daß auf ihn das ganze Recht, welches der Testator gehabt, übergegangen sei. Für das ältere Recht ist aber ein Gesammteigenthum der Familie unerweislich, und dieses gilt nicht blos von dem rein privatrechtlichen Eigenthume, sondern auch von der Landeshoheit. Politische Rücksichten machten aber hier eine Beschränkung der bisherigen freieren Dispositionsbefugniß des regierenden Herrn nothwendig. Es wurden die Theilungen des Territoriums, die gemeinschaftlichen Regierungen und vor allen Dingen die Veräußerungen verboten;

1) Vergl. Testament Herzogs Joh. Georg I. zu Sachsen-Eisenach v. J. 1685. (Das. Th. 14. S. 41.) Testament Herzogs Wolfgang von Zweibrücken v. J. 1568. (Das. Th. 13. S. 44.) Test. Herzogs Christian zu Mersebnrg v. J. 1688. (Das. Th. 14. S. 32.)

allein es wurde dadurch kein Gesammteigenthum der Familie, sondern nur ein eventuelles Successionsrecht für die Mitglieder derselben nach Maasgabe der testamentarischen Disposition begründet. Dieses eventuellen Rechtes wegen kann man sich daher wohl des Ausdruckes bedienen, daß die Güter der Familie gehörten, und nur so ist es zu verstehen, wenn in dem zuletzt mitgetheilten Testamente von des Fürstl. Hauses Herzogthum die Rede ist.

Auch in den Familienverträgen, durch welche von den mehreren zur Succession berufenen Erben die Primogenitur eingeführt wird, findet sich keine Spur der Ansicht, daß der Familie ein Gesammteigenthum zustehe. Die gleich berechtigten Erben verabreden, daß eine Theilung oder gemeinschaftliche Regierung nicht weiter Statt finden, das Territorium vielmehr ungetheilt dem Erstgeborenen zufallen solle, auf welchen sie zu diesem Zwecke ihr ganzes Recht übertragen, und sich nur für den Fall des Aussterbens der Linie desselben die Succession vorbehalten.

Erbverzicht der Grafen Berthold und Johann von Henneberg zu Gunsten ihres Bruders Heinrich v. J. 1316. (Schultes, dipl. Gesch. des gräfl. Hauses Henneberg Th. 2. Urk. N. 29.):

— — Daß — Johanns — sich gütlichen vnd wissentlichen gegen Heinrichen seinen Bruder — vorziehen hat, alls sins erbtheyls an sins Vaters vnd siner Mutter seligen Gut, vnd hat daz verschozzen [1]) nach gewöhnlichen Sitt mit Hande vnd mit Halme, Also bescheydenlichen, ob Heinrich — ann erben verfüre — so ensolde noch ensal diz vorgeschribene Verzik-

---

1) Verschießen ist das Fortschleudern des Halmes, wodurch das Aufgeben des Eigenthums symbolisch angedeutet wurde.

nisse Johannses — keyne Macht han, vnd sol abe sin [1]).

Erbverzicht des Grafen Johann von Henneberg v. J. 1465. (Schultes, a. a. O. N. 215.): Wir Johanns — Graue vnd Herre zu Henneberg bekennen — daß Wir Uns besonnen vnd bedacht habin, gelegenheit Unser herschafft vnd der Graueschafft zu Henneberg, wo mere Hern dann einer dar Inn regieren solt, das sie zu wenigk vnd sich nit gehalten konden, als dann das Vnsere eltern auff vns bracht haben, hir Inn So finden Wir Vns vnd konden auch nichts beßers erdencken, dann das — Vnser lieber Bruder Graue Wilhelm der eltest vndir Vns Brüdern Vnser Herschafft am nützlichsten zu regiren gesein magk. Sollichs habin Wir alles bedacht vnd zu Hertzen genommen, vnd habin Vnserm lieben Bruder Grauen Wilhelm obgenant abgetretten vnd auffgegeben, Tretten abe vnd geben auff, So das zu ewigen Zeyten Immer gesein magk oder kann vnd mit crafft vnd macht dises Brines aller vnd iglicher vnser Gerechtigkeyten an Manschafften, geistlichen vnd werntlichen Lehinschafften, Slossen, Steten ——. Es begebe sich denn, das vnser liebir Bruder Graue Wilhelm an menlich eliche leibserbin von Todes wegen abginge — So solt dieser Vertragk an der Graueschafft vnd Herschafft Hennenberg vns vnd vnnser gerechtigkeyten keinen Schaden brengen.

Gräflich reineckscher Familienvertrag vom J. 1497. (*de Gudeni* cod. dipl. t. 5. p. 490.): — Vnd vff vorgemelten Vertrage haben die beyde, Graue

1) Vergl. Verzicht des Grafen Heinrich von Henneberg zu Gunsten seines Bruders Wilhelm v. J. 1436. (Das. N. 178.).

Thomas vnd Graue Johannes, Grauen Reinharten Irem Bruder vnd Irem Namen, Stammen vnd der Herrschafft Rienegkh zu gut, einen grundtlichen genntzlichen Verzigkh vnd Abtrettung gethan von der Herrschafft Rienegkh. —

Vergleich der Gebrüder Friedrich Wilhelm und Johann Anton, Grafen von Leiningen Westerburg v. J. 1681. (Moser, a. a. O. Th. 14. S. 262.):

Wir — bekennen und thun kund, daß Wir beyderseits bei Uns reifflich erwogen, wie nemlich die vielen Theilungen einer Herrschafft nichts als Ruin und ein gänzlicher Untergang des Hauses sei; dannenhero Uns freundbrüderlich — dahin verglichen, daß Wir, Johann Anton, Unserm — Bruder, Friedrich Wilhelm, als Aeltestem, all Unser Recht — an Unsern Väterlichen Herrschafften hiemit cedirt und übergeben, dergestalt und also, daß Wir, so lang Unser Bruder und dessen männliche Erben im Leben sind, nicht das geringste Unser Lebelang daran prätendiren noch fordern wollen [1]).

Neben diesem so bestimmt anerkannten ausschließlichen Rechte des Primogenitus können die Rechte der Agnaten sehr wohl bestehen, indem sie jenes im Interesse der ganzen Familie beschränken. Das Recht der Agnaten ist ein bedingtes, eventuelles, dem der Agnaten im longobardischen Lehenrechte vergleichbares. Der Primogenitus gilt daher als der alleinige Eigenthümer [2]), diesen Ausdruck im

1) Vergl. Vertrag zwischen den Brüdern Ludwig Casimir und Ernst, Grafen zu Berleburg, wegen der Graffschaft Homburg vom J. 1635. (Moser, a. a. O. Th. 13. S. 398.) Vergleich v. J. 1684. (Das. S. 403.).

2) Vergl. Eichhorn, deut. P. R. §. 369. Mittermaier, deut. P. R. §. 158. Maurenbrecher, deut. P. R. §. 214. 217.

Sinne des Staats- oder Privatrechts genommen, je nach der Beschaffenheit der Güter, welche das Stamm- oder Fideicommißgut bilden.

Alle diese verschiedenen Ansichten führen freilich in den Hauptpunkten zu demselben Resultate; denn die Rechte des zeitigen Inhabers des Fideicommisses, so wie die der Agnaten, sind zweifellos genug, als daß sie durch rein theoretische Ansichten beschränkt oder erweitert werden könnten; allein es ist die Frage nach dem Grunde dieser Berechtigung, deren Beantwortung die Wissenschaft ohnehin nicht schuldig bleiben darf, nicht ohne praktische Bedeutung, indem davon die Entscheidung darüber abhängt, wer die dem Eigenthümer zukommende Hälfte eines auf dem Fideicommißgute gefundenen Schatzes in Anspruch nehmen kann[1]. Aber auch außerdem ist jene Frage von Wichtigkeit. Wenn man nämlich die Familie als Subject des Eigenthums ansiehet, so ist dieselbe, wie auch Beseler hervorhebt, berechtigt, namentlich eine unerlaubte Veräußerung sogleich anzufechten, während nach der Ansicht, deren Begründung im Vorstehenden versucht ist, nur der einzelne Agnat, dessen Recht durch die Veräußerung gekränkt wird, und nur in so weit, als dieses der Fall ist, also erst bei dem Anfalle der Succession, Klage erheben kann. Da nach Beseler's Ansicht eine ungültige Veräußerung von der Familie sogleich, von den einzelnen Mitgliedern aber erst beim Anfalle der Succession angefochten werden darf, so kann der Fall eintreten, daß das Klagrecht der Familie, wenn sie innerhalb der gesetzlichen Zeit die Revocationsklage nicht anstellt, erloschen ist, das Recht der Einzelnen aber fortdauert; so wie umgekehrt, daß, obwohl jeder Einzelne eingewilligt hat, die Familie in ihrem Interesse nichts desto

---

1) *Molina,* l. c. lib. 1. c. 23. *Knipschildt,* l. c. c. 10. n. 26.

weniger die nicht von ihr, d. h. nicht durch einen Familienbeschluß gestattete Veräußerung anfechten kann; und dennoch wird das angebliche Recht der Familie von dem der einzelnen Anwärter getragen, so wie umgekehrt dieses in jenem seinen Mittelpunkt findet. Obwohl das preuß. Landrecht der Familie das Obereigenthum zuschreibt, und daher zur Gültigkeit einer Verfügung über die Substanz der zum Fideicommisse gewidmeten Güter durch Tausch oder sonst einen Familienbeschluß verlangt, so legt es dennoch nicht der Familie selbst, wenn sie nicht eingewilligt hat, ein Revocationsrecht zu, sondern bestimmt vielmehr Th. 2. Tit. 4. §. 79: „Ist dergleichen Schluß nicht zu Stande gekommen: so kann jedes Familienglied, welches nicht eingewilligt hat, sobald es zur Succession gelangt, die Handlung anfechten, und auf Versetzung der Sache in den vorigen Stand antragen".

IV. Die Erbverbrüderung.

§. 15.

Die Erbverbrüderung ist ein Vertrag, wodurch sich mehrere Familien oder verschiedene Linien derselben Familie ihre Güter für den Fall, daß eine aussterben sollte, zusichern. Beseler [1]) geht auch hier von der Ansicht aus, daß es unter den deutschen Fürsten und Herren schon früh Sitte gewesen wäre, „ihre Familie in der fortgehenden Bewegung derselben gleichsam als juristische Person anzusehen", so daß die einzelnen Mitglieder nicht nur für sich, sondern auch für die kommenden Geschlechter rechtliche Verhältnisse hätten begründen können. Die Reichsfürsten hätten zur Vermehrung der Macht und des Glanzes ihres Hauses

1) Erbvert. Th. 1. S. 225. ff.

danach gestrebt, sich die Nachfolge in solche Territorien zu sichern, welche durch Aussterben der regierenden Familie dem Reiche heimfielen, und um der dieserhalb getroffenen Vereinbarung eine um so größere Festigkeit zu geben, habe man sich, neben der vom Kaiser ertheilten Exspectanz oder Sammtbelehnung, der Zustimmung des ganzen Hauses versichert. „Denkt man sich nach dem vorher Gesagten nicht die einzelnen Personen, welche die Erbverbrüderung schlossen, sondern durch sie die verschiedenen Familien als die paciscirenden Theile, so stellt sich das Geschäft als eine besonders modificirte Vergabung von Todes wegen dar, und in der That beruht es auf demselben Princip, welches als die bestimmende Norm dieser Zuwendungen erkannt ist: ein sogleich wirksames Recht wurde durch die Aufnahme in das Gesammteigenthum eingeräumt, welches aber erst durch den Tod des Tradenten, hier durch das Aussterben des im letzten successionsfähigen Mitgliede repräsentirten Hauses, zur unbeschränkten Wirksamkeit gelangte“. In Bezug auf das Allodialvermögen sei dieses Gesammteigenthum durch die Uebertragung der Parteien selbst, für die Reichslehen aber durch die vom Kaiser ertheilte Sammtbelehnung entstanden. Zum Beweise dieser Ansicht bezieht sich Beseler (S. 231. f.) auf die zwischen dem Markgrafen Ludwig von Brandenburg und seinen Brüdern, den Herzögen von Baiern, rücksichtlich ihrer Reichslehen 1334. abgeschlossene Erbverbrüderung, welche ihr Vater, Kaiser Ludwig der Baier, ihnen die Gesammtbelehnung ertheilend, in demselben Jahre bestätigt hat. Die entscheidenden Worte der kaiserlichen Urkunde sind folgende:

— Vnd zu einer stetin sicherheit so vorliehin wir und habin mit vorbachtin mute vorlihin den vorgenantin Furstin — und iren Erbsunen zu gesamter Hand — die vorgenante Lant gut und lute beyderseit wi die

genant sin, die von uns und dem Riche zu Lehin gen. Auch setzen wir sie beidirseit bei lebintigin unsirn liebe in nutz gewalt und volle gewehr der Lande und gute. Zu urchunde disser machunge und zu eynir rechtin gewehr suln unsirs Suns des Margrauin Amtlute und Pfleger zu eynim rechtin Zynse und Dienste alle jar zweihundert Marg Silbers gebin Stephan Ludowich Wilhelm und iren Sunen uf Sant Martins tag. So sulln dawider Stephan Ludowich und Wilhelm und ir Erbin und ir Amptlut und Pfleger auch zu einin Zinse und Dienste dem vorgenanten Ludowich Margrafin zu Brandenburg und sinen Sunen auch uf denselbin Sant Martins tag hundert Marg Silbers gebin von irin vorgenantin Landin [1]).

„Der Punkt", bemerkt Beseler (S. 234.) hierzu, „worauf die juristische Haltung dieses Geschäfts beruht, ist die Ertheilung von Nutz, Gewalt und Gewere und die Bestellung eines Zinses an den beiderseitigen Gütern". Derselbe führt (S. 235.) weiter an die Erbverbrüderung zwischen Böhmen und Oesterreich v. J. 1364. und besonders deren Erneuerung v. J. 1366, in welcher letztern es heißt:

Daß ydweder Theil des andern Landt und Herrschafften in der Weiß und Geschichte, als davor begriffen ist, wol für die seinen haben, nennen und schätzen mag, und wir auch derselben Lande beiden Seiten gemaine, verainte und ungesunderte Besitzer seyn, so ist billich, daß wir ydtweder Seit dieselben Landt und Herrschafften helffen zu schirmen —. Darumb wir — mit einander wissentlich übereinkhomen ainer solchen Pindtnüsse, — das — wir — bey einander als

---

1) *Gercken*, cod. dipl. Brand. 1. N. 59. auch bei *de Ludewig*, reliq. manusc. dipl. 10. p. 644. abgedruckt.

ein Persohn, das ist, als gleiche Besitzer gemainer Lande beleiben und einander mit aller Macht gerathen und geholffen seyn sollen und wollen — — [1]). Der Zweck der Erbverbrüderung, fährt Beseler (S. 238.) fort, sei die Zuwendung gegenseitiger Successionsrechte gewesen; um dieses zu bewirken, habe man sich aber nicht blos einen Anspruch auf die Nachfolge eingeräumt, sondern ein sogleich wirksames und gegenwärtiges Recht an dem Vermögen übertragen. Eine Folge hiervon sei deutlich darin zu erkennen, daß, sobald die gegenseitigen Rechte feierlich constituirt worden, die Eingesessenen der einzelnen Länder den verbrüderten Herren Erbhuldigung geleistet hätten, und daß Titel und Wappen der verschiedenen Häuser gemeinschaftlich geworden seien, in so fern sie sich auf die in der Erbverbrüderung begriffenen Länder bezogen hätten [2]).

Die Ansicht, daß durch die Erbverbrüderung eine Aufnahme in das Gesammteigenthum bewirkt, und daher ein sogleich wirksames Recht eingeräumt werde, ist auch den ältern Juristen [3]) nicht fremd. Während aber dieselben, so

---

1) Lünig, Reichs Archiv, **pars spec. cont. 1.** erste Forts. S. 54—60.

2) Successionsvertrag der Markgrafen Ludwig und Otto von Brandenburg mit den Söhnen Kaisers Karl 4. wegen der Mark Brandenburg v. J. 1363. (*Gercken*, l. c. t. 3. N. 31.) Kaiserliche Bestätigung der hessisch-sächs. Erbverbrüderung. (Moser, a. a. O. Th. 17. S. 25.) Erbverb. zwischen Brandenburg und Hohenzollern v. J. 1695. (Das. S. 118.).

3) *Strykius*, **de success. ab intest. diss. 8. c. 7. §. 30: „Effectus confraternitatum sunt varii. Primus iste est, quod pacto hoc alteri in alterius bonis jus reale firmissime radicatum constituatur, et quidem simultanea investitura Saxonica adhuc pinguius, (Dn.** ***Hahn.*** **de jur. rer. concl. 74. n. 13.) quia**

wie auch noch Pätz[1]) das Gesammteigenthum als Princip für die Beurtheilung des Verhältnisses im heutigen Rechte festhalten, ist Beseler[2]) der Ansicht, daß die Idee der Gemeinschaft nicht blos bei den in späterer Zeit eingegangenen, sondern auch bei den aus früherer Zeit herrührenden Erbverbrüderungen immer mehr zurückgewichen sei. Man habe das alte Princip der Gemeinschaft nach und nach verlassen, ohne daß man doch je daran gedacht habe, die einmal gewonnenen Successionsrechte aufzugeben, welche daher jetzt den eigentlichen Kern des Institutes ausmachten.

Aber auch für das ältere Recht scheint mir durch Beseler's Ausführung das Gesammteigenthum als Grundlage des durch die Erbverbrüderung begründeten Verhältnisses nicht bewiesen zu werden. In der oben erwähnten Erbverbrüderung zwischen Böhmen und Oesterreich vom J. 1364., so wie in andern aus derselben Zeit wird nur ein Successionsrecht für den Fall des Aussterbens der einen oder andern Familie festgesetzt, und der Vertrag von den Paciscenten beschworen, ohne daß von einem gemeinschaftlichen Besitze oder auch nur von der Auflegung eines Zinses die Rede wäre:

Erbverbr. zwischen den Markgrafen von Baden v. J. 1356. (*Schoepflin*, **hist. Zaringo-Bad. t. 4. dipl. N. 269.**):

Wir Rudolff der Elter Marggraff zue Baden — vnnd

---

bona utriusque statim invicem *communia fiunt, ut uterque statim et dominium et possessionem civilem consequatur, sola executione reali in casum mortis delata* (*Klock.* **t. 3. cons. 150. n. 11.) etc". *Wigleb,* (pr. *Streit*) diss. de pacto confraternitatis etc. (1718) §. 14.**

1) In der §. 8. angef. Schrift sect. 3. §. 24. ff.

2) a. a. O. Th. 2. Bd. 2. S. 95. ff.

wür Marggraff Rudolff der Jung — thun kundt — Das Wür mit wolbedachtem mut vnnd mit Rathe vnnser Freundte, Alle vnnser Landt, Leute, Stete vnd Burge — an einander vermacht haben, vnd vermachen an diesem gegenwurtigen Brieffe, Allso bescheidenlichen, Wer es, das vnnser Einer ohne Leibes Lehen erben abgienge — So soll der ander sein Landt vnd seine Herrschafft erben —. Es soll auch vnnser kheiner dem Andern sein Landt, Leuthe vnd Herrschafften empfrembden in keiner haube [1]).

Erbverbrüd. zwischen den Grafen von Henneberg v. J. 1365. (*Senckenberg*, **medit. fasc. 3. p. 593. seqq.**):

„Wir Berthold von Gottes gnaden Graf zu Henneberg Herr zu Hartenburg, und Wir Hermann von denselben Gnaden Graf von Henneberg Herr zu Ascha, bekennen samtlich an diesem Brief — daß wir mit gesunden Leib mit vereinten wohlbedachten Muth, mit Rath unserer Herrn und Freunde alle unser Erb und gut es sey Lehen oder eigen, oder fahrend hab — besammen werffen machen und geben unser jeglicher dem andern und setzen unser jeglicher dem andern ein in nützlich leiblich Gewehr in alle die güter — also bescheidenlich ob unser einer abgieng, da Gott lange vor sey, ohne Leibeserben, daß nicht Söhne da wären, so solt es fürbaß gefallen auf den andern und auf seine Erben ohne Gefehrd". Daß hier nicht eine Vereinigung der beiderseitigen Länder zum gemeinschaftlichen Besitze beabsichtigt wurde, ergibt der

---

1) Vergl. den Erbvertrag zwischen Rudolf, Markgrafen von Baden und dem Pfalzgrafen Ruprecht bei Rhein v. J. 1362. (Das. N. 275.), zwischen den Gebrüdern Bernhard und Rudolf, Markgrafen zu Baden v. J. 1380. (Das. N. 293.).

Verlauf der Urkunde in folgenden Worten: „und sol unser jeglicher dem andern helffen und Rathen mit guten treuen ohne gefehrde, mit solchen underscheidt, das unser jeglicher sitzen und bleiben soll bey allen denen gütern, die sein Vatter auf ihn geerbt hat, oder die er noch gewinnen mochte, und ware das, daß unser einer schuldig wäre, oder schulden machte, die von seinetwegen wären der sol die schuld ausrichten und bezalen von seinen gütern die sein Vatter auf ihn geerbt hat, und die er hergebracht hat, und die er noch gewinnen möchte". Im folgenden Jahre bestätigt Kaiser Karl 4. diesen Vertrag, so weit er sich auf die Reichslehen bezieht: — „Und haben ihnen beyde mit einander alle — güter, die sie von uns und dem Reich halten und zu lehen haben — sämtlich verliehen und verleyhen, also wo irer einer stürbe, das er Eheliche Leibes Lehens Erben hinder ihm nicht ließe daß dann alle dieselbe lehen auf den andern und seine Erben ohne alle hinternüsse gefallen sollen".

Diese Verträge, deren Aufrechthaltung von den Contrahenten eidlich versprochen ward, enthalten außerdem noch die Bestimmung, daß ein etwaiger Verkauf eines in der Erbverbrüderung begriffenen Gutes dem andern vorher angezeigt werden solle. So wenig der regelmäßig vorkommende Eid zum Wesen des Geschäftes gehört, eben so wenig läßt sich dieses von den ohnehin nur selten vorkommenden Formen behaupten, auf welche Beseler die Begründung des Gesammteigenthums stützet. Aber auch selbst dann, wenn diese Formen angewendet sind, ist die Entstehung eines Gesammteigenthums nicht als Folge davon anzusehen. Welche Bedeutung der Auflegung eines Zinses in der oben mitgetheilten Erbverbrüderung von 1334. beizulegen sein dürfte, ist schon früher (S. 99. f.) erläutert worden. Eben so wenig kann der Inhalt der Erneuerung der Erbverbrü-

derung zwischen Böhmen und Oesterreich v. J. 1366. oder der gleichfalls von Beseler angeführten kaiserlichen Bestätigung der Erbverbrüderung zwischen den Landgrafen von Hessen einer Seits und den Landgrafen von Thüringen und Markgrafen von Meißen anderer Seits v. J. 1373[1]) auf ein Gesammteigenthum bezogen werden. Die dort wiederholt vorkommende Wendung, daß die Contrahenten als gleiche Besitzer der gemeinen Lande, als eine Person, angesehen werden sollen, die am Schlusse der Urkunde in der Weise wiederkehrt, daß sie „als ein Person und Besitzer gemainer Landte" ihre Siegel angehängt hätten, ist nur auf die fingirte Gemeinschaft zu beziehen, von welcher gleichfalls (S. 101. ff.) schon die Rede gewesen ist. Obwohl sich die Contrahenten ungesonderte Besitzer nennen, so verblieb doch jeder im ausschließlichen Besitz und Genusse seiner Länder. Daß nur ein eventuelles Successionsrecht, nicht aber ein gegenwärtiges auf ein Gesammteigenthum zu gründendes Recht eingeräumt werden sollte, ergibt sich auch geradezu aus der von Kaiser Karl 4. den Erbverbrüderten ertheilten Belehnung; die Worte des Lehenbriefes lauten nämlich dahin, daß den Contrahenten die im Vertrage begriffenen Länder „als gleichen verainten und ungesunderten Wartern gemainer Anfälle verliehen" werden[2]); es sollen also die Erbverbrüderten erst nach dem Aussterben der andern Familie in den Besitz und Genuß eintreten.

Verträge der Art, welche von den sich dadurch für beeinträchtigt haltenden Familiengliedern häufig angefochten

1) Es heißt hier, daß sich die genanten Fürsten ihre Länder: „an einander vermacht und gegeben haben, und ir ytweder der obgenanten Teylen den andern Teyl zu yn zu rechten Mitgeerben und Gemeyner seynes Fürstenthums — entphangen und genzlichen genomen had". (Moser, a. a. O. Th. 17. S. 23. f.).

2) Lünig, a. a. O. S. 61. ff.

wurden, glaubte man nicht fest genug machen zu können. Besonders dienlich erschien zu diesem Zwecke der von den Unterthanen des einen Erbverbrüderten dem andern geleistete Huldigungseid. Dieser ist aber nicht so zu verstehen, daß der Erbverbrüderte dadurch als gegenwärtiger Landesherr anerkannt würde, vielmehr wird dieser Eid nur eventuell, d. h. für den Fall des Aussterbens der andern Familie geleistet. Nach der oben erwähnten Erbverbrüderung v. J. 1364. sollen die Unterthanen schwören: „daß sie die vorgenannten unser Ordnungen, Gemächtnüsse und Gab und solche Geschichte, als vorgeschrieben stehet, globen und schweren zu den Heiligen stete zu halten und zu vollführen, gänzlich, wann es zu Schulden kommt". In der angeführten hessisch-thüringschen Erbverbrüderung v. J. 1373. heißt es:

Moser, a. a. O. Th. 17. S. 21. ff.:

Auch sollen unsere Amptleute — geloben und schweren, daß sie den andern, ob es also kommet, als vorgeschrieben steht (d. h. wenn die eine Familie ausgestorben ist,) mit den Schlossen und Ampten, die In bevolhen werden, warten, und In damit gehorsam und unterthenig sein;

und in deren Erneuerung v. J. 1555:

Moser, a. a. O. S. 40. f.:

Und jeglich Parthey hat der andern, auf solche Brüderschafft, Auf- und Uebergebunge, alle ihre Mannschafft — Land und Leute eine rechte Erbhuldigung thun lassen — ob ihre Herrschafft ohne Leibes-Lehens-Erben abgiengen, daß sie alsdenn der andern unter uns Partheyen, als ihrem rechten Erb-Herrn gehorsam seyn und gewartten sollen und wollen [1]".

1) Andere Beispiele solcher eventuellen Huldigungen bei *Lünig*, cod. Germ. dipl. t. 2. p. 234. 235. a. 1337., t. 1. p. 1091.

Die größte Gefahr drohete der Aufrechthaltung der Erbverbrüderung allerdings dann, wenn es dem durch dieselbe zur Succession nicht berufenen Prätendenten gelingen sollte, die Unterthanen für sich zu gewinnen, eine Gefahr, welche man durch den den Erbverbrüderten zu leistenden Huldigungseid möglichst zu entfernen suchte.

Das Resultat ist also folgendes: Das Wesen der Erbverbrüderung bestand von jeher in dem gegenseitigen Successionsrechte, wie auch in den darüber aufgesetzten Urkunden stets hervorgehoben wird. Zur Form des Geschäftes, welche demselben seine rechtliche Festigkeit verlieh, gehörte bei Allodialgütern die Uebertragung durch die Parteien selbst, bei Lehengütern die Ertheilung der Gesammt- oder Eventualbelehnung. Was daher von der Zusicherung eventueller Successionsrechte in diesen beiden Formen oben (§. 7. 9. und 12.) gesagt ist, findet auch hier seine volle Anwendung.

V. Die Ganerbschaft.

§. 16.

Die Ganerbschaft ist eine dauernde Vereinigung mehrerer Personen oder Familien zu dem Zwecke, um eine bestimmte Vermögensmasse, meistens eine Burg, mit ihren Pertinenzen gemeinschaftlich zu benutzen und zu vertheidigen. Der Vertrag, welcher regelmäßig eidlich bekräftigt

---

a. 1353. *de Sommersberg*, Silesiac. rer. script. t. 1. p. 851. a. 1343. *Gercken*, cod. dipl. Brandenb. t. 5. p. 98. N. 70. a. 1363. Schultes, Coburg. Landesgesch. Th. 3. Urk. N. 50. a. 1403. Bei der bedingten Zuwendung einer Burg schwören die Burgmannen nach einer Urk. v. J. 1291. und 1296. (*de Falckenstein*, cod. dipl. antiq. Nordgav. N. 101. und 116.), daß sie die Burg nach Erfüllung der Bedingung übergeben wollen.

wird, heißt Burgfriede, unter welchem Ausdrucke man auch den zu vertheidigenden Bezirk verstehet [1]). An dem gemeinschaftlichen Gute hat jeder Ganerbe (Gemeiner) einen bestimmten, ideellen Theil:

Burgfr. zu Buchenau v. J. 1406. (Schannat, fuld. Lehnhof, **Prob. N. 221.**):

— auch sal unser Ganerbin eyner, welicher eyn dritten Teyl hat an dem Sloß Buchenawe die Slossel haben eyn vierteyl Jars, adder nach der Anzale als he Teyl hat an deme Sloß und sal daz Sloß zuschlißen.

Burgfr. v. J. 1534. Art. 2. (*Kyllinger*, **l. c. p. 218.**):

— vnd dann vnser gemein Wesen in Vier Theil gesöndert ist [2]).

Da jedoch die Vereinigung ihrem Zwecke nach nicht auf eine bestimmte Zeitdauer beschränkt werden konnte, vielmehr auf die Erben ausgedehnt, und auf ewige Zeiten

---

1) *Kyllinger*, **de ganerbiis cast. disc. 3. n. 48. seqq.** In demselben Sinne bezeichnet Stadtfriede das Weichbild der Stadt (*Günther*, **cod. Rh. Mos. 3. N. 211. a. 1335.**). Daß alle innerhalb des Burgfriedens liegende Güter gemeinschaftlich wurden, war nicht durchaus nothwendig, es konnten auch einzelne Grundstücke im Alleineigenthume verbleiben, Burgf. des Schlosses Münzenberg v. J. 1448. (Estor, kl. Schriften Th. 2. S. 726.) Burgf. zu Butzbach v. J. 1573. (Das. Th. 3. S. 305.).

2) Vertrag zwischen dem Landgrafen Heinrich von Hessen und dem Grafen Johann von Nassau über den gemeinschaftlichen Besitz einer von dem letzten erbauten Burg v. J. 1361. (Wenck, hess. Landes-Gesch. Th. 2. Urk. N. 392.) Burgfr. zu Fetzberg v. J. 1454. (*de Dalwigk* **in** *Lichtenfels* [**pr.** *Waldschmidt*] **de pactis ganerbinatuum** im Anh.) Burgf. über Cleberg v. J. 1404. §. 3. und 10. (Estor, a. a. O. 3. S. 280. ff.) Burgf. der vordern Grafschaft Sponheim v. J. 1428. (*Günther*, **l. c. 4. N. 137.**) und viele andere unten noch vorkommende Urkunden.

eingegangen wurde, so mußte damit das Recht auf Theilung verloren gehen, wie auch ausdrücklich festgesetzt zu werden pflegt:

Ahrer Burgfrieden v. J. 1202. (*Günther*, cod. Rh. Mos. 2. N. 2.):

— Mortuo siquidem sine prole Theodorico Comite de Are — cui castrum Are ex integro attinebat, idem castrum Are ad duos dominos jure hereditario pervenit, videlicet ad Comitem Vlricum de Nurberg et ad Comitem Theodoricum de Hostade. Hi quidem — statuerunt et juramento confirmaverunt, quod castrum Are et omne predium castro attinens — *perpetuo indivisim permanebit* —.

Revers der Grafen von Saffenberg über die durch den Erzbischof von Cöln wiedereroberte und mit ihnen gemeinschaftlich zu besitzende Grafschaft Neuenahr v. J. 1383. (Das. 3. p. 851. N. 593.):

— so sal vnse Herre van Cölne — vnd ich Johan van S. — ind myne Eruen ind Nakomelinge — die Graiffschafft van N. samentlichen vnd manlich van vns zu gelychem Deyle ind zu syme Halfscheit, doch vngedeylt — van nu vort zu ewighen Daigen haiuen ind besitzen.

Günther, cod. Rh. Mos. 4. N. 124. v. J. 1426: Graf Johann von Sponheim hatte verordnet, daß nach seinem kinderlosen Absterben seine Güter auf seine beiden Vettern und nächsten Erben, den Markgrafen Bernhard zu Baden und den Grafen Friedrich zu Veldenz an jeden zur Hälfte fallen sollen und weiter bestimmt: Es sollent — vnsere Vettere vnd — yre Erben die — Graffschafften Sloisse Lande Lude vnd was wyr nach vnserm Tode laissen werden — steet allezyt in rechter gemeynschafft vnd vnverteylt zu ewigen

Tagen inhaben besitzen vnd der mit samenhaffter Hand geneyssen vnd gebruchen —. Auch so sollent — vnsere Vetteren vnd — ire Erben an — vnseren Sloissen Burgen Stetten vnd Telern mit irem Begriff vnd Bezircken der Marcken darzu gehorig eynen gewonlichen getruwen gemeynen stetten Burgfreiden in der besten Form mit eynander angeen verbreffen globen vnd sweren. Mit Beziehung auf diese Verordnung schließen beide 1437. (Das. N. 169.) einen Burgfrieden: — wir vnd vnsere Erben sullen vnd wullen die obgenante Graueschafft von Sponheim — allezyt in rechter gewairer fruntlicher Gemeynschafft vnzerteylt besitzen nutzen vnd innehaben also daz vnser keyn Notzunge an Diensten an Frondiensten noch an andern Sachen mee werden soll dann dem andern [1]).

Durch das Verbot der Theilung war aber die Veräußerung des ideellen Theiles nicht ausgeschlossen, sondern nur auf den Fall der echten Noth beschränkt [2]); und es mußte der zu veräußernde Theil den Ganerben [3]), und wenn

---

1) Vergl. Revers des Erzbisch. Heinrich zu Mainz gegen den Erzb. Balduin von Trier, daß sie zwei von ihnen erbaute Festen gemeinschaftlich besitzen wollen, v. J. 1340. (Das. 3. N. 261.) Burgf. des Hauses Leyen v. J. 1394. (Das. 3. N. 633.) angef. Burgf. von Münzenberg v. J. 1448. Burgf. der Spiegel zum Desenberg v. J. 1524. (Estor, a. a. O. 2. S. 741.) Ganerbschaftsvertrag der Familie Calenberg v. J. 1493. (Wigand, Archiv für Gesch. und Alterth. Westphalens B. 5. H. 1. S. 49. ff.).

2) Angef. Verord. des Grafen von Sponheim v. J. 1426. Urk. v. 1500. (Schannat, a. a. O. N. 342.) Görtzischer Burgf. v. J. 1591. (Estor, a. a. O. 3. S. 100.) Tannischer Burgf. v. J. 1687. (Das. S. 85.) Beseler, a. a. O. 1. S. 82. f.

3) Vertrag v. J. 1275. (*de Gudeni* cod. dipl. 3. p. 926.), v. J. 1309. (*Senckenberg*, select. 3. p. 528.) — Auch ist geredte

das ganerbschaftliche Gut lehenbar war, auch dem Lehensherrn angeboten werden [1]). Wollte keiner von diesen den Theil kaufen, so war dessen Veräußerung auch an einen Andern gestattet, wobei öfters nur bestimmt war, daß der neue Erwerber weder höhern noch geringern Standes als die andern Ganerben sein dürfe [2]). Daß nun der Burgfrieden nicht blos für die ersten Contrahenten, sondern auch für deren Erben verbindlich war, wurde niemals bezweifelt. Die Erben mußten, wenn sie ein bestimmtes Alter erreicht hatten, und vorher deren Vormünder, den Burgfrieden gleichfalls beschwören, wenn sie nicht ihren Antheil an der gemeinschaftlichen Burg aufgeben wollten.

---

wer under uns drin gemein Ganerbin sin Dritteil verkeuffen wolde, das er das den andern bieden solle als Ganerben Recht ist. Urk. v. J. 1357. (Das. p. 592. und 597.) Vertrag zwischen den Ganerben von Covern v. J. 1310. (*Günther*, l. c. 3. N. 45.) Burgf. der Malsburg v. J. 1345. 1388. und 1429. (*Kuchenbecker*, anal. Hass. coll. 2. p. 411. ff.) Burgf. wegen Schmalkalden und Scharfenberg v. J. 1369. (Schöttgen und Kreysig, dipl. Nachlese 2. S. 343.) Fuldischer Lehenbrief über die Feste Ebersberg v. J. 1396. (Schannat, a. a. O. N. 247.) Burgf. der Schenken zu Schweinsberg v. J. 1400. §. 2. (Estor, a. a. O. 3. S. 272.) Burgf. über das Schloß Löwenstein v. J. 1466. (Kopp, hess. Gerichte 1. Beil. N. 108.) Angef. Burgf. der Spiegel zum Desenberg v. J. 1524. Frankf. Statut. v. J. 1526. (Anm. zur frank. Reformation Th. 2. S. 726.) Frankf. Reform. Th. 2. Tit. 5. §. 1.

1) Angef. Lehenbrief über die Feste Ebersberg v. J. 1396. Urk. v. 1500. (Schannat, a. a. O. N. 342.).

2) Burgf. v. Münzenberg v. J. 1448. (Estor, a. a. O. 2. S. 733.) Tannischer Burgf. v. J. 1556. (Estor, 3. S. 69.) Burgf. des Rotenberg v. J. 1590. Art. 41. (Estor, 2. S. 556.).

Schiedsrichterliche Entscheidung zwischen den Burggrafen Wilhelm und Ludwig von Hammerstein v. J. 1393. (*Günther*, l. c. 3. N. 631.):

Vortme sprechin vnd entscheiden wie sy, daz sy alle yre Erben vnd Nachkommen solichin Burgfryden den yre Aldern gemacht vnd versiegelt han — vnverbrochlichen stede vnd veste halden sollint ewiclich vnd ymmerme als sy den auch lyplichen mit vffgerichten Fyngern zu den Heyligen gesworen — han vnd damyde alle Punte vnd Artikele so wie die hernach stent geschrieben, also sullent auch yre Erben vnd Nachkommen denselben Burgfryden vnd auch so wie hernach geschriben folgit zu glycher wysz vnverbrochen vestlich zu halden sweren vnd globen so balde sy zu yren mundigen Dagen koment.

Tannischer Burgf. v. J. 1556. (Estor, 3. S. 69.):

— auch keiner zuvor ehe er diesen Burgfrieden durch sich selbst oder seine Vormünder beschwohren — zum Eigenthumb des Schlosses zur Tane nicht gelassen werden [1].

Da nun, wie aus den mitgetheilten Auszügen hervorgehet, den einzelnen Ganerben ideelle Theile an dem gemeinschaftlichen Gute zustanden, so konnte auch die Entscheidung der gemeinsamen Angelegenheiten wichtigerer Art (denn die minderwichtigen, mit der regelmäßigen Verwal=

1) Vergl. Ganerbschaftsvertrag über die Burgen Dietz und Camburg v. J. 1420. (*Senckenberg*, l. c. 2. p. 364.) Burgf. zu Vilbel v. J. 1421. (*de Guden.*, cod. dipl. t. 5. p. 897.) Burgf. von Bechthal v. J. 1470. (*de Falckenstein*, cod. dipl. antiq. Nordgav. N. 342.) Görtzischer Burgf. v. J. 1591 und 1599. (Estor, 3. S. 100. und 111.). Bei *de Guden.*, cod. dipl. 2. p. 1336. N. 357. und 358. finden sich Reverse über den geleisteten Eid v. 1460. und 1461.

tung zusammenhängenden waren einem Ausschusse der Ganerben, unter dem Namen der Baumeister überlassen,) nur durch Stimmeneinhelligkeit geschehen. Dahin gehört vornehmlich die Aenderung des Burgfriedens [1]) und die Aufnahme neuer Mitglieder:

Burgf. der vordern Grafschaft Sponheim v. J. 1428. (*Günther*, l. c. 4. p. 308.):

Wir — sollent auch furbas niemand zu vns in die vorgenante Burge, Schlosse, Theler vnd Burgfrieden mit eren zugehorungen in Gemeynschaft setzen oder Theyle oder gemein daran geben, es were dan, das wir das alle myteynander theten vnd des einmuthig mit einander uberkemen [2]).

Die hin und wieder vorkommende Verabredung, daß in solchen Fällen Stimmenmehrheit entscheiden soll [3]), ändert an dem Wesen der Gemeinschaft nichts.

Nach der übereinstimmenden Ansicht der ältern Rechtslehrer gehört nun auch die Ganerbschaft unter den Begriff der Societät [4]). Ja, einige derselben wenden die römischen Grundsätze so unbedingt an, daß sie behaupten, es könne die Ganerbschaft durch den Austritt eines Gemeiners aufgehoben werden [5]), was aber mit dem durch den Zweck

---

1) Burgf. der hintern Grafschaft Sponheim v. J. 1437. (*Günther*, l. c. 4. p. 372.).

2) Angef. Burgf. zu Fetzberg v. J. 1454. §. 22.

3) Burgf. des Rotenberg v. J. 1590. Art. 47. (Estor, 2. S. 561.).

4) *Besold*, thes. pract. *Wehner*, obs. pract. *Speidel*, specul. v. Ganerben. *Kyllinger*, l. c. disc. 6. *Leickher*, (pr. Cramer,) de ganerbinatu 1677. bei Estor 2. S. 391. *Trier*, diss. de jure condominii 1680. §. 18.

5) *Wehner*, l. c. §. 5.

derselben gebotenen Verabredung der Unauflösbarkeit im Widerspruche stehet.

Es ist schon oben (S. 14.) angeführt worden, daß Beseler die Ganerbschaft, wegen des selbstständigen Rechtes der einzelnen Gemeiner, als eine juristische Person, wofür sie auch schon Estor [1]) hält, mit Recht nicht gelten lassen will; daraus aber, daß die Vereinigung der Ganerben stets auf die Dauer berechnet war, und die Auflösung nur durch die Uebereinkunft aller Mitglieder bewirkt werden konnte, darf man mit Beseler nicht den Schluß ziehen, daß die Ganerbschaft auch nicht unter den Begriff der Communio passe. Nach dem im §. 6. Gesagten erscheint dieselbe allerdings als eine nur durch ihren besondern Zweck modificirte Communio [2]).

VI. Die Markgenossenschaft.

§. 17.

Einleitung.

Die Verhältnisse, welche sich bei der ersten Niederlassung der germanischen Stämme in Deutschland gebildet haben, finden sich in der Culturgeschichte der meisten Völker. Ein herumziehender von Jagd und Viehzucht lebender Volksstamm gewinnt in einem eroberten Lande feste Wohnsitze, und vertauscht seine frühere Beschäftigung nach und nach mit dem Ackerbau. So wie dem Jäger und Hirten ein großes gemeinschaftliches Revier unentbehrlich ist, so führt

---

1) **De syndicatus instrumentis ganerbiorum subsignandis programma** (1735) §. 10. **seqq.** in dessen kleinen Schriften Th. 2. S. 756. ff.

2) Pütter, die Lehre v. Eigenth. S. 55.

gerade umgekehrt der Ackerbau zur Vertheilung des Landes[1]). So lange die Bevölkerung noch dünn gesäet war, bestanden neben dem privativen Eigenthume der Einzelnen noch große ungetheilte Districte, die durch fortgesetzte Urbarmachung mehr und mehr an Umfang verloren. Dieses unbebaute Land, die Mark, Allmende, verblieb aber noch immer groß genug, um von den einzelnen Anwohnern, ohne gegenseitige Beeinträchtigung, als ein gemeinsames Gut nach Belieben benutzt werden zu können. Die im Verhältnisse der zunehmenden Bevölkerung fortschreitende Urbarmachung der Mark brachte jedoch im Verlaufe der Zeit die einzelnen Ansiedelungen immer näher, und führte unvermeidlich zu Collisionen, welche sich nur durch Beschränkung der bisherigen Benutzung beseitigen ließen; worauf in den, von den Markgenossen autonomisch gesetzten Markordnungen besonders Bedacht genommen wurde.

Die Frage, wem das Eigenthum an der Mark zustehe, ist, da die Markordnungen sich hierüber nicht bestimmt genug aussprechen, von den Juristen sehr verschieden beantwortet worden, je nachdem das Recht der Gesammtheit oder das der einzelnen Markgenossen als das überwiegende aufgefaßt wurde. Die herrschende Ansicht scheint im vorigen Jahrhunderte die gewesen zu sein, daß sich die Mark im Miteigenthume der einzelnen Markgenossen befinde[2]). Später schrieb man denselben ein Gesammt-

1) Grimm, deut. Rechtsalterth. S. 495.

2) *Ludolf*, symph. t. 2. c. 8. *Reinhard*, de jure forestali sect. 3. §. 1 et 2. *Schazmann*, de jure et judiciis marcarum in Wetteravia §. 9. Struben, recht. Bed. Th. 1. N. 155. §. 2. *Pufendorf*, obs. t. 2. N. 60. von Cramer, wetzl. Nebenst. Th. 3. N. 5. (Erläuterung der teut. Rechtslehre vom Condominio worinnen Märkerschaften bestehen und dessen Würkungen.) Möser, osnab.

eigenthum im ältern Sinne zu[1]), oder hielt die Markgenossenschaft, als juristische Person[2]), oder den Holzgrafen (Obermärker) für den Eigenthümer, diesen deshalb, weil die Markgenossen, wenigstens in den westphälischen Marken, ursprünglich dessen Leibeigne gewesen seien[3]). Da jedoch keine dieser Ansichten der rechtlichen Natur des Verhältnisses zu entsprechen schien, so haben andere Juristen ein Gesammteigenthum im neuern Sinne angenommen. Aus welchem Gesichtspunkte Eichhorn, (welchem auch von Löw[4]) und Stieglitz[5]) beigetreten sind,) Phillips und Bluntschli in dieser Beziehung die Markgenossenschaft aufgefaßt haben, ist schon in der Einleitung (S. 12. 16. ff.) angegeben worden. Die an das Wesen des Verhältnisses sich anschließende Rechtsansicht des letzten mag vielleicht so lange ausreichend gewesen sein, als die Markgerichte das Organ waren, durch welches der Markordnung und dem Herkommen gemäs die entstandenen Collisionen ausgeglichen und Strei-

Gesch. Th. 1. Abschn. 1. §. 9 u. 10. Desselben Einl. zur osnab. Gesch. §. 15. N. a.

1) *Hofacker*, oben S. 9. und der ungenannte Recensent der Schrift Krüll's: Prüfung einzelner Theile des bürgerl. R., in der neuen Leipz. Lit. Zeit. v. 1804. S. 514. „bei diesem (dem Gesammteigenthume) steht die Proprietät der gemeinschaftlichen Sache jedem Gemeindegliede ganz und ungetheilt, nur in Gemeinschaft mit allen übrigen zu".

2) Klöntrup, alphab. Handb. Th. 2. Mark N. 1. Markgenossen N. 2. Pütter, die Lehre vom Eigenth. S. 55. Mittermaier, deut. P. R. §. 211. Maurenbrecher, deut. P. R. §. 173.

3) Piper, Besch. d. Markenrechts in Westph. Abs. 1. u. 2.

4) Ueber die Markgenoss. S. 4. 46. 47.

5) Eigenthumsverhält. an Wald und Jagd §. 5. 6. 20.

tigkeiten entschieden wurden; wir dürfen uns aber nicht verhehlen, daß Bluntschli's Darstellung den Formen des heutigen Rechtes nicht leicht anzupassen ist. Es bietet uns aber auch schon das ältere Recht hinreichende Anhaltspunkte, welche die Betrachtung dieses Rechtsverhältnisses aus einem Gesichtspunkte gestatten, welcher die Anschließung an die heutigen Rechtsbegriffe erleichtert.

So weit unsere urkundlichen Nachrichten zurückgehen, werden in den Verbriefungen über die Veräußerung von Hofstätten als Pertinenzen derselben ganz regelmäßig auch Waldungen, Weiden, Wüsteneien und Gewässer aufgeführt. Dieses ist aber nicht so zu verstehen, als wenn jede einzelne Hofstätte diese Pertinenzen abgesondert und für sich allein gehabt hätte, sondern es bezieht sich dieses auf die mit der Hofstätte verbundene Berechtigung, Wald und Weide in der gemeinen Mark zu benutzen [1]). Dieses Theilnehmungsrecht stand ursprünglich wohl jeder Hofstätte zu, konnte aber ohne Gefährdung der bisherigen Benutzung auch jeder neuen Niederlassung nicht zu Theil werden [2]). Wenn man nun auch die neuen Ansiedelungen nicht überhaupt

---

1) Eichhorn in der Zeits. f. gesch. Rechtsw. Th. 1. S. 154. Bluntschli, a. a. O. Th. 1. S. 85. Gehört der Wald ausschließlich zu einem Hofe, so wird dieses besonders bemerkt; z. B. nach einer Urk. v. J. 941. Lacomblet, Urkundenbuch zur Geschichte des Niederrheins Th. 1. N. 93., schenkt Erzbisch. Wichfrid zu Cöln dem Cäcilienkloster daselbst außer andern Gütern auch „ecclesiam unam cum terra arabili ad eam pertinenti et duos *speciales* forastas cum mansis similiter duobus". Vergl. daselbst Urk. N. 88. v. J. 927 — „cum silva etiam speciali —".

2) Schon die lex *Sal.* tit. 47. (48.) deutet darauf hin in der Bestimmung, daß die Niederlassung in der Mark nur mit Einwilligung der Anwohner geschehen kann, (Eichhorn, a. a. O. S. 181.).

verhinderte [1]), so gewährte man doch nicht gleichmäßig den Neubauern die Benutzung der gemeinen Mark [2]); und so mußte es dahin kommen, daß später nicht alle Höfe mit voller Berechtigung in der Mark versehen waren. Die vollberechtigten Höfe heißen in der Schweiz Ehehofstätten [3]), und entsprechen den Erbexen im Westphälischen [4]).

Die Berechtigung der Höfe in der gemeinen Mark wird in den Urkunden fortwährend als ein besonderes Recht erwähnt:

Urk. Kaisers Ludwig d. Fr. v. J. 833. (Seibertz, Urk. Buch zur Landes- und Rechtsgesch. des Herzogth. Westphalen Th. 1. N. 3.):

— concessimus eidem fideli nostro R. — in proprium res nostrae proprietatis sitas in pago B. in villa vocante J. id est mansos tres cum terris cultis et incultis et *silvis communibus ad eos pertinentibus* —.

Urk. v. J. 888. (*Günther,* cod. Rh. Mos. 1. N. 5.) wornach König Arnulf dem Kloster St. Maximin zu Trier schenkt: villam R. — et quicquid illuc juste pertinere videtur, id est ecclesiam in eadem villa constructam, cum decima et curte et cum casa ceterisque edificiis, cum mansis — et cum universa integritate jure et rationabiliter *ad eandem villam pertinente,* id est *vennam* (Weide) *in marcha W. sitam cum silva* [5]).

---

1) Urk. v. J. 1126. in *Schoepflin,* Alsat. dipl. 1. N. 253.

2) Klöntrup, a. a. O. Th. 2. Markgenosse N. 10. und Markkötter; v. Löw, a. a. O. S. 117. f.; Bluntschli, a. a. O. 1. S. 74. f.

3) Bluntschli, a. a. O. 1. S. 256.

4) von Löw, a. a. O. S. 71. Note 3.

5) *Günther,* l. c. N. 15. a. 959. N. 17. a. 964. N. 34.

de Gudeni cod. dipl. 2. p. 282. N. 228. a. 1294: — dederunt — Areas, quas habebant in villa Dalheim cum omnibus juribus et pertinenciis earundem. Transtulerunt eciam in prefatam ecclesiam — omne jus et dominium, quod *ratione hujusmodi arearum* habebant, seu habere quoquomodo poterant in eadem villa, nec non in silva Dalheim marka et in communibus pascuis ejusdem ville.

Mon. Boica, t. 23. N. 146. a. 1397: — wir — tuen kunt — daz wir — vnsern hoff — ze W. — vnd waz zu dem egenanten Hoff vnd darein gehort in dorff oder zu velde — an Eckern an wisen an wasser an Wayd an Holtz an Holtzmarck — verkauft — haben — [1]).

Die Theilnahme an der Benutzung der Mark war also durch die Innehabung einer Hofstätte bedingt, was auch in den spätern Weisthümern unzählige Mal wiederholt wird:

Weisth. über Kaltenholzhausen v. J. 1423. (Grimm, Weisth. 1. S. 587.): Item hant sie geweißet, daß unßer herrn von Dietz märcker sullent seyn in der marck von des hoffes wegen zu Hulzhußen.

Weisth. von Mengerscheid v. J. 1539. (Das. 2. S. 173. ff.): — vnndt spricht der hübener, wer do in der Wieden-

---

a. 1002. *Cod. Lauresham.*, t. 1. N. 32. a. 858. t. 2. N. 261. a. 1274. *Falke*, cod. trad. Corbeiens. N. 230. p. 862. a. 1241. N. 252. a. 869. a. 1248. Seibertz, a. a. O. N. 439. a. 1291. Vergl. die bei Kraut, Grundriß §. 107. mitgetheilten Urkunden.

1) Vergl. daselbst Urk. N. 35. v. J. 1323. N. 38. v. J. 1326. N. 52. v. J. 1331. N. 86. v. J. 1346. N. 88. v. J. 1347. N. 90. v. J. 1348. N. 130. v. J. 1384. N. 166. v. J. 1415. N. 169. v. J. 1421.

mark sitzet mit feuer vnndt flammen, der sol sie brauchen vnndt niemandts mehr — — Vnd soll niemandts in die Wiedemarkh fahren noch gebrauchen zu weiden mit viehe oder holtz zu hauen, dann allein der mit feuer vnndt flam in der Wiedenmarck sitzt[1]).

Der Umfang dieser Berechtigung wurde in den Markordnungen genau vorgezeichnet, und die Benutzung der Mark in eine bestimmte Anzahl einzelner Berechtigungen[2]) zerlegt, nach Anzahl und Verhältniß der Größe der einzelnen Hofstätten, welche das Nutzungsrecht bisher ausgeübt hatten. Ein solcher Antheil heißt Wahre, (Wehre,) *warandia*[3]), Echtwort, (Achtwort,)[4]) Mark[5]), Holzmark[6]),

---

1) Weisth. zu Laubert, (Grimm 2. S. 201.) Oeff. von Ellikon, (1. 119.) Oeff. zu Wellhausen, Art. 19. (1. 256.) Weisth. über die Fossenhelde v. J. 1444. (1. 583.) Bodmann, rheingauische Alterth. S. 440. Grimm, Rechtsalt. S. 505. v. Löw, a. a. O. S. 25. ff. Bluntschli, a. a. O. 1. S. 251.

2) Lacomblet, Urkundenbuch für die Geschichte des Niederrheins Th. 1. N. 22. v. J. 801. „— tradidi — curtile unam et *duodecimam* partem in siluam, quae dicitur B. —"

3) von Löw, a. a. O. S. 32. 77.

4) *Haltaus*, gl. v. echtwort. Urk. v. J. 1313. (*Vogt*, monum. Bremens. t. 1. p. 552. — „vendidi Abbatissae et conventui monialium in L. domum unam et unam aream sitas in G. habentes duas Echtwort et dimidiam cum pratis pascuis et silvis et omnibus ipsarum pertinentiis". Vergl. die bei Wigand, Archiv für Gesch. und Alterthumskunde Westphalens B. 3. H. 3. S. 99. f. mitgetheilten Urkunden.

5) Nach einer Urk. v. J. 1274. (*Günther*, l. c. 2. N. 261.) wird ein Hof verkauft „cum jure nemoris quod Marcha vulgariter appellatur."

6) Urk. v. J. 1136. (Wigand, a. a. O. B. 5. S. 40. ff.) — predicta femina tradidit pro remedio anime sue IIII hobas et duas holtmarcan — unam hobam et tres curtes et unam

Schar[1]), Gewalt (Gewelde, *potestas*)[2]). So hatte

---

holtmarcham. In dem Register über die dem St. Peters Stift zu Mainz gehörigen, in Thüringen gelegenen Güter zu Monre und Schonerstede zwischen 1264. und 1268. heißt es (Kindlinger, Hörigkeit N. 32.): **Sequitur videre silvas et jura que dicuntur Holzmarken. Ad curiam in M. pertinent silve sive Holzmarken IX. Primum nemus vocatur M. situm in superiore parte ville —. Secundum vocatur H. situm retro S.** Von neun besondern Waldungen kann diese Stelle offenbar nicht verstanden werden. Nach einer Urk. v. J. 1346. (Ledderhose, kl. Schriften Th. 5. S. 239.) wird für schuldige Kaufgelder die Burg Falkenstein versetzt und ausbedungen: „Sy (die Käufer) sullen vns (den Verkäufern) auch bewisen zu deme Hus (der als Pfand übergebenen Burg) also vele Holtzmarke zu vnsir noytdorft also ere fründe vnde dy vnse sprechen daz mogelich sy". **Mon. B. t. 23. N. 122. a. 1378. N. 130. a. 1384. N. 146. a. 1397.**

1) Das Verhältniß der unter diesem Namen vorkommenden Berechtigung zur Wahre ist noch nicht vollständig aufgeklärt, (Grimm, Rechtsalt. S. 499. 531., besonders Schaumann, Gesch. des niedersächs. Volkes S. 291. Note 114. S. 321. Note 72.). ***Carpentier*, gloss. v. Scara 2.** führt eine Urkunde des Grafen Otto von Ravensberg an v. J. 1166: **„— obtuli curtim cum foresto adjacenti et jure nemoris vicini, quod vulgo scara vocatur".** Nach einer Urk. v. J. 796. (Lacomblet, a. a. O. Th. 1. N. 7) tradirt Jemand der Abtei Werden eine volle Hufe **„— cum pascuis — et scara in silua"**, und nach einer andern v. J. 855. (Daselbst N. 65.) neben Grundstücken: **„— In silua que dicitur P. scaras XXVIII. in villa J., in illa silua scaras LX".** Auch kommt der Ausdruck „*holtscara*" in einem alten Cartular vor (Daselbst S. 29. Note 2.). Vergl. über die Bedeutung von Scherne das Holzding zu Ettelen v. J. 1411. (Wigand, a. a. O. B. 4. S. 157. ff.) und das Protokoll über ein zu Nieder-Tudorf im J. 1482. gehegtes Holzding (Daselbst S. 287. ff.).

2) Urk. v. J. 1195. (Lacomblet, a. a. O. N. 550.) **„— Significamus — quod parochia de Hoingen curtem de Hovele in perpetuam communitatem pascue sue et lignorum secandorum**

die schwanheimer Mark 42[1]), die bellersheimer 184[2]) und der flamersheimer Wald 350[3]) Wahren. Die Theilung der ältern Höfe, deren jeder seine Wahre hatte, hatte auch eine Theilung der Wahre zur Folge; daher kommen nicht selten Bruchtheile jener Einheit vor[4]), so wie umgekehrt größere Höfe mehrere Wahren haben konnten[5]). Namentlich gehörten von den 42. Wahren in der schwanheimer Mark 21 nach Schwanheim und zum Goltstein, nämlich 14½ zum Goltstein, 5½ zu dem urberger Gute und eine Wahre dem Clas Schrymphen von Schwanheim; die andern 21 gehörten nach Niederrade mit Ausschluß von 2¾, welche den guten Leuten (d. h. einem Hospitale) gehörten. In der bellersheimer Mark hatte der Junker Heinrich Riedessel zu seinen drei freien Höfen 42 Marken, nämlich 25 zu seiner Behausung, 10 zu dem Hofe bei der Kirche und 7 zu einem andern Hofe. Der Junker Bernhard Riedessel hatte zu seinem freien Wohnhofe 20, Seiffard Riedessel 14½, die Herren von Arnsburg 9 Marken rc.[6]). Nach einer Urk. v. J. 1168. bekundet

---

recepit; ita videlicet ut *tres potestates* **curtis de Hidenkoven curti de Huvele assignentur — — testes hi sunt** (es werden Mehrere namentlich genannt) — **et omnes reliqui parochiani de Hoingen qui secandi siluam habent licentiam que vulgo** *geholzede* **dicitur**". Urk. v. J. 1254. (*Günther*, **cod. Rh. Mos. 2. N. 389.**) „— **Item do** *unam potestatem* **ibidem in communi silva que vulgariter** *Gewelde* **dicitur**". Urk. v. J. 1271. (Daselbst N. 242.).

1) Weisth. v. J. 1421. (Grimm, 1. 525.).

2) Erneuerte Markordnung v. J. 1552. (v. Cramer, wetzl. Nebenst. Th. 3. S. 161. ff.).

3) Grimm, 2. 685.

4) Bluntschli, a. a. O. 2. S. 82.

5) Klöntrup, a. a. O. Th. 3. Wahre N. 6.

6) v. Löw, a. a. O. S. 36. f. S. 82.

der Verwalter des zu Remagen gelegenen Hofes der Abtei Deutz, daß er 5 Hofstätten mit 13 dazu gehörenden Holzmarken („forestiforia, quae vulgus Holzmarchen nominat“) erworben habe [1]); nach einer compromissarischen Entscheidung v. J. 1280 [2]) durfte das Kloster Aldenburg vier Fuder Holz in der dalheimer Mark holen, wenn die andern Markgenossen eins erhielten, und nach einer Urk. v. J. 1316. dotirt ein Geistlicher zu Wetzlar einen Altar in der Stiftskirche daselbst und gibt dazu: **Curiam meam in villa G. sitam cum tribus mansis terre arabilis,** *quinque* sectionibus lignorum, que vulgo Merkerrecht dicuntur — [3]). Die Vermehrung der Wahren, durch Aufnahme eines bisher nicht berechtigten Gutes in die Markgenossenschaft, konnte nur mit Bewilligung sämmtlicher Mitmärker geschehen.

Nach diesen Bemerkungen können wir auf die Beantwortung der Frage, wer Eigenthümer der Mark sei, genauer eingehen.

§. 18.

Eigenthum an der Mark.

I. Es ist in Deutschland vielleicht von jeher, später aber ganz ausgemacht, der Fall der gewesen, daß große Feldmarken sich im Privateigenthum eines Herrn befunden haben [4]). Die Nutzungsrechte, welche von demselben an den dazu gehörenden einzelnen Höfen Andern eingeräumt

1) Lacomblet, a. a. O. N. 430.

2) *de Gudeni* cod. dipl. t. 2. p. 219.

3) Wigand, wetzl. Beitr. Th. 1. S. 269; Urk. v. J. 1457. bei *Vogt*, l. c. t. 2. p. 283.

4) S. besonders Schaumann, Gesch. des niedersächs. Volkes S. 269. ff. Urk. v. J. 1296. bei Seibertz, a. a. O. 1. N. 462.

waren, erstreckten sich auch gleichmäßig auf die unvertheilten Wälder und Weideplätze[1]). Diese Benutzung der Mark, welche früher ganz von der Gnade des Herrn abhängig gewesen war[2]), wurde, nachdem die Hofgüter erblich geworden waren, als ein zu den Hofstätten gehöriges Recht angesehen, für dessen Genuß noch eine besondere Abgabe an den Herrn entrichtet zu werden pflegte[3]). Die Mark verblieb natürlich, wie die einzelnen Höfe, im Eigenthume des Grundherrn; was sich auch in den Weisthümern sehr oft anerkannt findet:

---

1) Urk. v. J. 1214. (*Miraei* dipl. Belg. lib. 2. c. 77. in opp. t. 1. p. 298.) — „Remanserunt autem nobis et heredibus nostris (Markgr. von Namur) nemora cum omni jure et proprietate, quae jam dicta Ecclesia sua esse dicebat —. *Salvo semper usuario mansionariorum* Villae de Fol habendi aedificia et pascua in praedictis nemoribus ad usus porcorum ibidem nutritorum — salvo etiam usuario loci de mortuo nemore ad usus praedictorum Mansionariorum. — Die von Grimm gesammelten Weisthümer liefern hierzu unzählige Belege, z. B. Th. 1. S. 453. 773. Th. 2. S. 26. 60. 82. 139. 174. 309. 398. 421. 475. 581. 785. 791. Eichhorn, a. a. O. 1. S. 167. Bluntschli, a. a. O. 1. S. 78. f. S. 254. f.

2) *Wilkii* Ticemannus, dipl. N. 128. a. 1302. Nos Hinricus Dux de Brunswich recognoscimus — quod omnia jura, que habuimus in silva A. vendidimus Abbati et conventui sancte Marie, cum proprietate et utilitate et omni usufructu, ut possint exstirpare, novalia facere — non obstante communitate, que vulgariter dicitur *Achtworte*, quam habere se asserunt Templarii et alii rustici, *que eis ex sola gratia nostra — est permissa.* Mon. B. t. 23. N. 249. a. 1471.

3) Schaurer und bruchweiler W. v. J. 1511. (Grimm, 2. 138.) und die gleich anzuführenden Weisth. zu Hardt und Dürkheim.

W. zu Birgel v. J. 1419. (Grimm, 1. 516.):
Zum ersten hant die Scheffen gewiset den herren zu sent Peter wasser unde weyde zum rechten eigen.

W. über Johannisberg (1. 553.):
Czum viertenmale so ist alle wasser vnd weyde des closters, das hant die nachgebawrn von dem closter.

W. zu Breisich aus dem Ende des 15. Jahrh. (2. 634.):
Item züm ersten weisen und dingen wir das eigentumb von Br. gericht — vnnser frauwen vonn Essen vnd irem stifft, vort mer wasser vnd weyd vnd alle herlichkeit. Item deilen wir vnd weisen, das vnse frauw vurg. ein lehenfrauw ist zu Br. vnd hat die merker beleent mit den weldenn.

W. zu Hardt v. J. 1378. (2. 672.):
Item dixerunt recognoverunt et judicaverunt, quod aqua, aer et pascuae in dicto districto pertineant domino archiepiscopo et ecclesiae coloniensi solum et in solidum, et quod quivis inhabitantium in ipso districtu de Hardt utens aqua vel pascuis ipsis solvere debeat precarias sive exactiones. —

W. von Schwanheim v. J. 1421. (1. 521.):
Zu dem ersten ist eyn apt vnd eyn convent des egenannten cloisters (Jacobsberg bei Mainz) eyn rechter gruntherr des dorffs Sweynheim vnd sines zugehors, vnd im gehorent zu walt, wasser vnd weyde zu rechter eygenschafft, vnd wer daselbs etwas besitzet, das besitzet er zu rechtlichem erbe von in vnd von irem cloister vmb — zyns, pacht vnd gulde.

W. des Hubhofes zu Dürkheim, von 1530. (1. 787.):
Vnd wisent ein apt zu Limpurg ein obersten hern zu Dorkheim von des heiligen crutzs wegen über walt,

wasser und weide. Dieselben drew wald, wasser und weide hant die von Dorkheim von gnaden des heilgen creutzes. Davon gibt ides hus ein holzhon als von alter herkomen ist, das do rauch heldt [1]).

Dieses Eigenthum des Gutsherrn an der Mark hinderte aber die Hofsbesitzer nicht, in eine Markgenossenschaft zusammen zu treten, welche die Benutzung der Mark autonomisch regulirte. Es verstehet sich aber von selbst, daß der Einfluß des Grundherrn, welcher regelmäßig auch der Obermärker sein mochte, hier besonders vorherrschen mußte, und die Markgenossenschaft nicht zu einer solchen Selbstständigkeit gelangen ließ, wie sie sich da zeigte, wo dieselbe durch eine Vereinigung freier Grundbesitzer gebildet wurde [2]). Namentlich verblieb bei den im Eigenthume des Gutsherrn stehenden Marken demselben, freilich unter mehr oder weniger Beschränkung von Seiten der Markgenossen, das Recht, die bisherige Anzahl der Marktheile durch neue Bewilligungen zu vermehren:

Urk. v. J. 1254. (Binterim und Mooren, Erzdiöcese Cöln, Th. 3. N. 124.):

Conradus — Archiepiscopus S. Colon. Ecclesiae —. Notum esse volumus, quod nos curti S. Pantaleonis — potestatem secandi ligna porcosque pascendi glandibus in nemoribus *nostris* Villae Xanten adjacentibus,

1) Vergl. Weisth. über den bornheimer Berg v. J. 1303. (Beschreib. der Hanau-Münzenbergischen Landen, Docum. N. 57.). W. im nalbacher Thal v. J. 1532. (Grimm, 2. 24.). W. v. Wayern und Hamm v. J. 1561. (2. 81.). W. zu Riol und Belle v. J. 1537. (2. 300.). W. zu St. Peterswalde v. J. 1556. (2. 421.). W. des Hofes Gondenbret, (2. 539. u. 542.). W. zu Rüdesheim, (2. 544.). W. zu Selrich, (2. 546.). W. von Densborn, (2. 567.). W. zu Schöler v. J. 1586. (2. 588.).

2) Eichhorn, a. a. O. 1. S. 187. Schaumann, a. a. O. S. 288. ff.

eam, quam alii quidam, qui dicuntur *Erfyenole* habere dignoscuntur — concessimus [1]).

II. Nach Ausscheidung dieses Falles bezieht sich daher die Frage, wer Eigenthümer der Mark sei, ob die einzelnen Markgenossen oder ihre Genossenschaft, als juristische Person, auf diejenigen Markgenossenschaften, welche aus freien Hofsbesitzern zusammengesetzt sind. Die Beantwortung dieser Frage, die in den Markordnungen meist mit Stillschweigen übergangen, und nur in einzelnen auf eine ungenügende Weise berührt wird, scheint aber ganz entschieden zu Gunsten der einzelnen Märker auszufallen.

Durch den in einzelnen Markordnungen vorkommenden Ausspruch, daß das Eigenthum den Märkern zustehe:

Weisth. der bibrauer Mark v. J. 1385. (Grimm 1. 512.):

Wir wysen vff vnssern eid Bygermark walt, wasser vnd weide — den merkern zu rechtlichem eigen, vnd han die von nymand zu lehen weder von konige odir von keisern, noch von burgern oder von steden, dan sie ir recht eigen ist.

Weisth. der hohen Mark bei Homburg v. J. 1401. (Fichard, Wetteravia, B. 1. H. 1. S. 140.):

Des han sie eynmudeclich gewist, das die marg der obgeschr. dorffer vnd mercker rechtlich eigen sy.

Weisth. zu Niedermendig v. J. 1563. (Grimm, 2. 492.):

Item weist der scheffen, wasser vnd weyde haben wir von dem himlischen Vater zu lehen,

ist hier nichts zu beweisen, denn es soll damit nur gesagt werden, daß das Eigenthum nicht einem Dritten

---

1) Das. N. 52. a. 1184, Spruch über Weißenburg v. J. 1275. (Grimm, 1. 765.), Schaumann, a. a. O. S. 320

gehöre, ohne darüber zu entscheiden, ob die einzelnen Märker, oder die Markgenossenschaft, als juristische Person, das Subject des Eigenthums sei. Ferner läßt sich auch aus der Art der Behandlung der vor die Markgenossenschaft gehörenden Geschäfte auf die Beantwortung dieser Frage kein Schluß machen; denn wenn auch bei Verfügungen über die Mark regelmäßig nicht Stimmenmehrheit entschied, sondern Stimmeneinheit vorhanden sein mußte [1]), so folgt daraus nur, daß das Recht der einzelnen Märker als ein wohlerworbenes, selbstständiges, angesehen wurde, welches, wenn es auch an einem Gemeindegute zustehet, durch den Beschluß der Mehrheit nicht gekränkt werden kann.

Gehen wir auf den Ursprung der Markgenossenschaft zurück, so wird es keinem Zweifel unterliegen, daß ihre Vereinigung nicht als eine juristische Person, sondern als eine Genossenschaft anzusehen ist, in welcher das Recht des Einzelnen als das vorherrschende gilt, welches in seiner Ausübung nur so weit beschränkt ist, als dieses die Rücksicht auf die übrigen Mitberechtigten nothwendig macht. Von der Befugniß des Einzelnen die **Theilung** der Mark zu verlangen, kann daher freilich keine Rede sein [2]); da-

1) Holzding v. J. 1297. (Wigand, Archiv B. 1. H. 4. S. 106.) Urk v. J. 1253. (Seibertz, a. a. O. 1. N. 279.) Kundschaft über den Wald im Hägbach v. J. 1487. (Grimm, 1. 400.) — „das recht hätte der Wald und wäre so gemein und fry, wenn es nur eim mann nit lieb wäre, so dürfen die übrigen nichts erlauben, und habs der einig mann zu wehren". Klöntrup, a. a. O. Th. 2. Markgenossen N. 10.

2) Jedoch geben auch einzelne Juristen, welche das Verhältniß der Markgenossen zur Mark ganz und gar unter den Gesichtspunkt des römischen Miteigenthums bringen, dem einzelnen Markgenossen das Recht, die Ausscheidung seines Theiles zu verlangen, was auch für Osnabrück durch die Verord. vom 4. Juni 1785. anerkannt ist. Vergl. Klöntrup, a. a. O. 2. Marktheilung §. 3.

gegen kann er sein Recht durch Veräußerung seines Antheiles realisiren. Wenn nun, wie oben bemerkt ist, die Berechtigung in der Mark als die Pertinenz einer Hofstätte angesehen wurde, so soll dieses nur so viel heißen, daß der Besitz einer Hofstätte die Bedingung war, unter welcher jene Berechtigung Statt finden konnte, ohne daß damit über die Natur derselben irgend etwas entschieden ist. Namentlich darf man sich die berechtigten Hofstätten der Mark gegenüber nicht in dem Verhältnisse des herrschenden Grundstückes zum dienenden denken; daher wird auch mit Recht behauptet, daß die Berechtigung in der Mark durch bloßen Nichtgebrauch nicht verloren gehe [1]. Vielmehr wurde der Antheil an der Mark als ein selbstständiges Recht angesehen, welches auch ohne die Hofstätte, welche ursprünglich die Berechtigung dazu gegeben hatte, veräußert werden konnte. Nach einer Urk. v. J. 1144. erwirbt Werner, Bischof zu Münster, eine zu einem Hofe gehörende Markberechtigung, und schenkt dieselbe darauf dem Kloster Ueberwasser:

Niesert, münst. Urk. Samml. Th. 2. p. 161. N. 31:

— Notum igitur esse volumus, — quod Dominus W. beate memorie monasteriensis Episcopus a quodam villico ejusdem loci — precibus suis impetravit, ut jus silvestre cujusdam curie que dicitur F. — in silva que vocatur B. in manus ipsius reddidit. Dominus vero W. episcopus — idem jus Ecclesie sancte dei genitricis Marie consentientibus ejusdem silve forestariis sive marcmannis — contradidit —.

---

1) *Engau*, decis. p. 1. d. 514. n. 7. Klöntrup, a. a. O. Markgenossen §. 13. Struckmann in Schlüter's Beiträgen für das Hannov. Landesrecht B. 1. H. 1. S. 6. ff.

Urk. v. J. 1204. (Seibertz, a. a. O. 1. N. 125.): Godefridus dei gratia comes Arnesbergensis et comes Adolfus de dasle — notum facimus, — *quicquid juris domus in effenesberg habuit in hagnere marka* cum omni integritate *domui in stipele assignavimus*, et hoc pleno consensu markanotorum —.

Urk. v. J. 1210. (Das. N. 136.): Godefridus comes de arnesberg. Noverint tam futuri quam presentes, quod dominus Arnoldus abbas et conventus in Arnesberg *emerunt unam warandiam* integram, que vulgo dicitur echtwort in marcha hustene presentibus marchenotis et consentientibus tam in pascendis porcis in glandibus quam in sectione lignorum, erga Lambertum de hustene et uxorem suam, nobile viro domino J. de A. a quo idem Lambertus eam in feodo tenuit, approbante et consentiente —. Prefati autem fratres (die Käufer) *eandem warandiam curti in M. assignarunt*.

Urk. v. J. 1242. (Das. N. 223.): Godefridus comes de Arnesberg — notum facimus universis, quod nos acceptis a domino A. preposito de V. quinque marcis *quandam Uuarandiam* que vulgo Echtwort dicitur, *quam habuit mansus in musche* attinens prope curti in U. in marke musche cum consensu uxoris nostre et heredum nostrorum et Walberti villici nostri in U. *allodio in* S. liberaliter *contulimus*. — Presentes erant dum hec fierent G. plebanus de C. — — et alii markenote. omnes huic facto consentientes [1]).

1) Vergl. Urk. v. J. 1183. (*Grupen*, orig. et antiq. Hannov. p. 311.), Urk. v. J. 1277. (*Falke*, cod. trad. Corbeien. p. 875. N. 278.), Urk. v. J. 1306. (*Schaten*, annal. Paderb. t. 2. p. 207.),

Die Berechtigung in der Mark war also ein selbstständiger Gegenstand des Verkehrs; sie konnte für sich allein verkauft, verschenkt, verpfändet [1]), und bei Veräußerung des berechtigten Hofes ausgenommen werden [2]). Dieses Recht der Veräußerung hat sich auch fortwährend erhalten, wie z. B. aus einem auf die bellersheimer Mark sich beziehenden Protokolle v. J. 1594. hervorgehet [3]), in welchem der Uebergang eines Markantheiles von dem bisherigen Berechtigten auf einen andern angemerkt ist. Nach den mitgetheilten Urkunden war jedoch zur Veräußerung der Wahre die Zustimmung aller Markgenossen erforderlich, was sich dadurch erklärt, daß es denselben, wie bei der Ganerbschaft (S. 149.), nicht gleichgültig sein konnte, einen jeden neuen Erwerber der Wahre zum Mitgliede ihrer Genossenschaft aufnehmen zu müssen. Auch konnte die Wahre nicht als ein der Person zustehendes Recht erworben, sondern mußte auf ein anderes Grundstück übertragen werden, worin man die Ansicht des ältern Rechtes festhielt, daß die volle Berechtigung in der Mark durch das Innehaben einer Hofstätte bedingt sei. In mehreren Gegenden sind diese Beschränkungen später weggefallen (§. 19.). Dieses Recht des Einzelnen, seinen Antheil an der Mark selbstständig, ohne

---

Urk. v. J. 1354. (Schmidt, vom Adel, mant. docum. N. 37.) und v. J. 1256. (Das. in der Note * zu N. 72.) In dem chron. Hildeshemense (*Leibnitz*, script. rer. Brunsv. 1. p. 754.) heißt es in der Lebensbeschreibung des Bischofs Otto († 1279.) „Silvam quandam in H. — a multis echtwardis pro magna summa pecuniae expedivit et Ecclesiae obtinuit. In T. quinquaginta echtwardos a Lippoldo de V. pro XXIV. marcis".

1) Urk. v. J. 1325. (Wigand, Archiv, B. 3. H. 3. S. 102.).

2) Urk v. J. 1297. (Wigand, a. a. O. B. 1. H. 4. S. 106.), v. J. 1305. (*Falke*, cod. trad. Corbeien. p. 876. N 281.).

3) v. Cramer, wetzl. Nebenst. Th. 3. S. 172. ff.

die Hofstätte, zu veräußern, kann nur durch die Annahme eines Miteigenthums genügend erklärt werden. Dieses ist auch von Cramer's Ansicht, welcher den ideellen Theil der einzelnen Markgenossen sehr passend mit einer Bergwerkskure vergleicht[1]).

Das Recht der einzelnen Markgenossen mag freilich nicht überall zu einer solchen Selbstständigkeit sich ausgebildet haben, wie sich dieselbe in der Befugniß der Veräußerung der Wahre ohne den Hof an den Tag legt, oder diese Selbstständigkeit hat sich wenigstens nicht überall erhalten. Als in späterer Zeit die Zerstückelung der Bauerngüter untersagt, und demnach die Veräußerung der einzelnen, bisher bei der Hofstätte gewesenen Aecker beschränkt oder gänzlich verboten wurde, so wurde dieses gleichmäßig hin und wieder auch auf den mit derselben verbundenen Antheil an der Mark ausgedehnt[2]); es hindert dieses aber nicht, die Berechtigung in der Mark auf das Miteigenthum an derselben zurückzuführen.

III. Es ist jedoch nicht zu übersehen, daß dieses Verhältniß nicht überall auf gleiche Weise bestehen geblieben ist[3]). Man ist jetzt freilich darin einverstanden, daß der

---

1) a. a. O. S. 117. ff. u. 138. Schaumann, a. a. O. S. 321. Note 72. Wigand, a. a. O. B. 1. H. 4. S. 109, B. 3. H. 3. S. 97.

2) Klöntrup, a. a. O. Plaggenmatt, N. 9. Retract, N. 12. u. 13. Struckmann, Proben des osnabrück. Markenrechts, in Schlüter's Beitr. f. d. hannov. Landesrecht, B. 1. H. 1. S. 7.

3) Viele Marken sind schon früh durch Vertheilung untergegangen: Urk. v. J. 1248. (Möser, osnab. Gesch. Th. 3. N. 231.). Nach einer Urk. v. J. 1275. (*Günther*, cod. Rh. Mos. 2. N. 269.) gestattet Erzbischof Siegfried von Cöln seinen Hörigen zu Hoinstaden, als „Holzgenossen (consilvani)" des Waldes daselbst „ut ipsi dictam

Obermärker als solcher als Eigenthümer der Mark nicht angesehen werden kann, da er wesentlich nur Schutzherr der Mark war [1]). Die Obermärker haben es aber öfters an Versuchen nicht fehlen lassen, ihre Schutzrechte zu einem Eigenthume an der Mark auszudehnen. Ein interessantes Beispiel der Art liefert eine processualische Verhandlung über den Wald im Hägbach v. J. 1487 [2]). Der Freiherr von Geroltseck nimmt hiernach einen Wald, aus welchem die Bauern von Langen und Uebelbach seit länger als hundert Jahren ihr Bau- und Brennholz geholt haben, als sein Eigenthum in Anspruch und begründet seine Klage auf folgende Weise: „der wald wäre sin vnd was man sehe, daß er sin were, denn der wiltpann und alle herrlichkeit des waldts wäre sin, wenn er hätte darin zue jagen und zu voglen und sust niemand, und so etwaß frevel und unfahls da geschehe, so hätte er daß zu straffen und über das blueth zurichten, indem man wohl erkennen möchte, daß er sin wäre". Die Verklagten geben die Gerichtsbarkeit über den Wald und die Jagd zu, behaupten aber, daß derselbe nichts desto weniger ihr Eigenthum sei, und beweisen ihre bisherige Benutzung durch Zeugen, von denen einer aussagt: „daß der wald im H. ihres thals zu L. und U. rechte und eigentliche und gemeine allmend sy". Das Urtheil lautet: „Da werd einhelliglich in gemeiner folge uf den eide in recht erkannt und gesprochen, dieweil unser

---

silvam inter se condividant, ita quod quilibet eorum *proportionaliter* partem recipiat, prout nunc juris habet in silva memorata"; und nach einer Urk. v. J. 1303. (Kindlinger, münst. Beitr. Th. 2. S. 300.) theilen die Markgenossen einen Wald, von welchem jeder einen Theil *„juxta modum domus sue"* erhält.

1) *de Ludolf*, **symph. consult. et decis. forens. t. 2. d. 7. p. 433. seqq.** v. Löw, a. a. O. S. 47. ff.

2) Grimm, Weisth. 1. 397. ff.

herr von G. kein ander beweißung thuoge, noch nichts anders inlege, dann wie vor gericht gelutet hab, mit seinen schlechten worten, daß er die von L. und U. billigen bi ihrem alten herkommen laß bliben, und daß sie ihr allmend des walds im H. hinfür nützen" u. s. w. Ansprüche der Art, auf solche und ähnliche Grunde gestützt, wie sie auch in dem vor dem Reichskammergerichte zu Anfang des vorigen Jahrhunderts zwischen dem Freiherrn von Ingelheim und dem Landgrafen von Hessen Homburg anhängig gewesenen Processe über die seulberger und ober-erlebacher Mark vorkommen [1]), mögen öfters genug von dem Obermärker oder andern Personen, welche Hoheitsrechte in der Mark auszuüben hatten, und in einzelnen Fällen mit besserm Erfolge, als in dem vorstehenden Urtheile, erhoben worden, und in Folge davon das Eigenthum der Mark auf sie übergegangen sein. Besonders gefahrbringend für das bisherige Nutzungsrecht der Markgenossen, dessen Beschränkung schon früh mit dem Einforsten der Waldungen beginnt [2]), wurde aber das sich immer weiter ausbildende Forstregal, welches so häufig zu einem Eigenthume des Landesherrn an dem Grunde und Boden des Waldes ausgedehnt worden ist [3]), so daß sich die hergebrachten, ursprünglich auf dem Miteigenthume beruhenden Nutzungsrechte nur als Servituten erhalten konnten [4]).

IV. Die Eigenthümer der in der Mark berechtigten Niederlassungen, die in geringer Entfernung von einander angelegt waren, traten im Verlaufe der Zeit zu einer neuen

---

1) *Ludolf*, l. c. p. 430. ff.

2) Struben, rechtl. Bed. Th. 1. N. 51. Stieglitz, a. a. O. §. 13.

3) *Biener*, de natura et indole dominii p. 82. seqq. p. 131. seqq.

4) Eichhorn, Rechtsgesch. Th. 4. §. 548.

Vereinigung, zu einer Gemeinde, zusammen. Das Verhältniß der einzelnen Markgenossen zur Mark erlitt an sich dadurch keine Aenderung, daß mehrere derselben dieser neuen, ihre besonderen Zwecke verfolgenden Vereinigung angehörten. So finden wir namentlich bei den Marken am Oberrhein, daß darin in der Regel mehrere Dorfgemeinden[1]), und daneben auch noch die Güter des geistlichen und weltlichen Adels, welcher dem Gemeindeverbande nicht mit angehörte, berechtigt waren[2]). Sehr oft ist aber auch eine Theilung der großen Marken vorgenommen worden, so daß jedes Dorf seine eigne Mark erhielt[3]). Die meist geringen Ausgaben, die zum Besten der sich bildenden Gemeinde aufzuwenden waren, wurden aus den Einkünften der Mark, vielleicht zunächst aus den für Markfrevel eingehenden Geldbußen, die öfters unter die einzelnen Markgenossen vertheilt wurden, bestritten. Zwischen der Gemeinde und den in der Mark berechtigten Hausvätern war ursprünglich kein Unterschied, denn eben nur diese bildeten die stimmberechtigten Gemeindebürger[4]), und daher konnte von einer Beeinträchtigung der Nutzungsrechte der Markgenossen durch die Bedürfnisse der Gemeinde nicht die Rede sein. Die Interessen beider kamen aber an einzelnen Orten früher, an andern später in Collision; denn eines Theils wurden die für Gemeindeanstalten zu machenden Ausgaben

---

1) v. Löw, a. a. O. S. 7. Kaiserr. 2. c. 57. „Wo ein wald ader eyn marke is darin seß dorffe ader czwelffe ader me gehoret —".

2) z. B. in der schwanheimer und bellersheimer Mark s. oben S. 160.

3) Bodmann, rheing. Alterth. S. 450. ff. Vergl. auch Klöntrup, a. a. O. Th. 3. Weisung.

4) Eichhorn, deut. P. R. §. 246. u. 379. Beck und Lauteren, das Landrecht der Grafschaft Erbach S. 357.

immer bedeutender, andern Theils umfaßte die Gemeinde bald andere Personen, als die bisher dieselbe allein bildenden Hausväter. Es wurden neue Mitglieder aufgenommen, welche dafür ein Aufnahmegeld zu entrichten hatten, welches, wie die etwa zu entrichtenden Abgaben zu öffentlichen Zwecken verwendet wurde. So bildete sich ein Vermögen der Corporation, an welchem die Einzelnen keinen Theil hatten, gegenüber der Allmende, welche vorzugsweise bisher von den Hausvätern benutzt worden war. Der Gegensatz zwischen diesen beiden Vermögensmassen trat dann besonders scharf hervor, wenn den Neuaufgenommenen, obgleich sie als Eigenthümer eines neu erbauten Hauses in der Gemeinde stimmberechtigt waren, kein Antheil an der Benutzung der Allmende eingeräumt wurde. In diesem Falle konnte man Sachen unterscheiden, welche blos die Allmende, und Sachen, welche die ganze Gemeinde betrafen; jene hatten blos die Hausväter zu entscheiden, welche von Alters her vollberechtigte Hofstätten besaßen, während zu den andern Sachen alle stimmberechtigte Gemeindeglieder zugezogen werden mußten [1]. Je nachdem nun in einer so zusammengesetzten Gemeinde das politische oder das privatrechtliche Element die Oberhand gewann, mußte sich auch das Verhältniß der Allmende verschiedenartg gestalten. Der corporativen Einheit der Stadtgemeinde gegenüber mußte das Privatinteresse der einzelnen Hausväter um so mehr in den Hintergrund treten, als die Unterhaltung der zum allgemeinen Besten nothwendigen Anstalten immer bedeutender werdende Ausgaben erheischte, und auch die besonders für den Landbau wichtige Benutzung der Allmende für die mehr auf städtische Nahrung hingewiesenen Bürger nicht dieselbe

---

1) Bluntschli, a. a. O. 2. S. 68. f.

Bedeutung, wie in den Dorfgemeinden, behielt [1]). Es war daher nicht zu erwarten, daß den vor der Bildung der Stadtgemeinde allein berechtigt gewesenen Hausvätern ihr bisher ausschließliches Recht an der Allmende verbleiben würde; dieselben sind darin immer mehr und mehr zum Vortheile der Gemeinde beschränkt worden, auf welche im Verlaufe der Zeit das Eigenthum an der Allmende überging. Hiervon war die Folge, daß der Ertrag der Allmende zunächst zum Besten der Corporation verwendet wurde, und daß, sofern den einzelnen Bürgern ein Nutzungsrecht daran zugestanden wurde, auch die neuaufgenommenen daran Theil hatten. Auf ein solches Verhältniß scheinen sich zu beziehen die Worte der Urk. v. J. 1173. über die von der Gemeinde zu Erbach dem Kloster Eberbach gemachte Schenkung: — „Silua nobis erat, contigua et conterminalis monasterio sce Marie, quod et ipsum vocatur Eberbach, et *in hac silua nullus nostrum priuatum habebat aliquid, sed communiter pertinebat ad omnes ville nre incolas*“ — [2]). Nach der Darstellung bei Bodmann [3]) scheint in Folge der in die erste Hälfte des 12. Jahrhunderts fallenden Theilung der großen rheingauischen Haingeraide die jedem einzelnen Orte zur ausschließlichen Benutzung zugewiesene Mark Eigenthum der Gemeinde geworden zu sein, wofür auch der Umstand spricht, daß eine Veräußerung des den einzelnen Gemeindegliedern zustehenden Nutzungsrechtes unstatthaft war. Mir ist wenigstens ein auf diese Gegend sich beziehendes Zeugniß über eine solche Veräußerung, wie sie nach dem Obigen (S. 167. ff.) nament-

1) Bluntschli, a. a. O. 2. S. 62.

2) Bodmann, a. a. O. S. 453.

3) a. a. O. S. 450. ff. Vergl. auch die beiden bischöfl. Austrägalentscheidungen v. J. 1415. u. 1416, Das. S. 475. ff. Note d.

sich in den westphälischen Marken vorkommt, bis jetzt nicht bekannt geworden. Ganz deutlich ist die Benutzung der Allmende als ein von der Gemeinde zu verleihendes Recht bezeichnet in dem wetterschen Weisthume v. J. 1239:

Wenck, hess. Landesgesch. Th. 2. Urk. 139:

Hi sunt articuli quos dictavit communitas et Scabini in Wettera. Item quicunque extraneus accedens ad oppidum W. vult habere communionem, que vulgariter Almeinde dicitur dabit Advocato XX. den. leves et communitati XX. den. leves —. Item de Achtwort dicimus et pronunciamus, quod nemo debet pascere vel immittere pecora in forestum quod dicitur Achtwort nisi prescitu Advocati et Sculteti;

denn die Aufnahme zur Mitberechtigung an der Allmende geschiehet hier nicht, wie es bei der Markgenossenschaft der Fall ist, durch Bewilligung der Märker, sondern durch den Vogt und den Schultheiß, wofür an jenen und an die Stadtkasse eine bestimmte Geldsumme zu entrichten ist. Dasselbe gilt von dem Weisthume der Stadtschöffen zu Selz v. J. 1310:

Grimm, Weisth. 1. 763. §. 30:

Dar nach teilent die scheffen, die almenden, die die stat von Selse hat von alter von demme clostere zu Selse, die sol daz closter unt die stat mittenander nutzen unt bruchen, unt ein ietlicher der zu Selse kumet, unt da sietzhet in burgers wis [1]).

Ganz anders gestaltete sich das Verhältniß der Nutzungsberechtigten zur Allmende in den Dorfgemeinden. Auch abgesehen von der verschiedenen Bedeutung der Stadt- und

1) Vergl. den Bericht über die Rechte des Erzbis. zu Mainz, des Klosters und der Einwohner zu Selgenstadt um das J. 1339. §. 2 5. u. 11. (Kindlinger, Hörigkeit, Urk. 89. lit. b.).

Dorfgemeinden, konnten die letztern schon wegen der besondern Beziehung, in welcher die Mitglieder derselben regelmäßig zu einem Grund- und Leib- oder Schutzherrn standen, kaum einen Schatten der Selbstständigkeit erlangen, wie sie den Städten, die sich öfters auch aus solchen Verhältnissen loszuwinden hatten, zu Theil geworden ist; es fand daher in den Dorfgemeinden, in denen das Bewußtsein einer corporativen Tendenz in viel späterer Zeit zu erwachen beginnt, das Recht der einzelnen Hausväter in dem öffentlichen Interesse keinen Gegner. Die Allmende behielt demnach, auch wegen ihrer Wichtigkeit für Ackerbau und Viehzucht ihre frühere privatrechtliche Bedeutung, und gerade bei den Dörfern und den kleinern Landstädten, die mehr auf die Landwirthschaft als auf städtische Nahrung hingewiesen sind, finden wir die reinsten Ueberreste der markgenossenschaftlichen Verbindung.

Jedoch hat das ursprüngliche Verhältniß auch hier im Verlauf der Zeit eine Veränderung dahin erlitten, daß die Corporation öfters das Eigenthum an der Allmende erlangt hat, an welcher dann auch den Eigenthümern neu erbauter Häuser ein Nutzungsrecht gewährt wird [1]).

Es kommt aber auch häufig vor, daß die einzelnen bisher allein berechtigt gewesenen Hausväter eine Collision ihres Privatinteresses mit den Anforderungen der politischen Gemeinde dadurch vermieden haben, daß von denselben die Anlegung neuer Hofstätten nicht weiter bewilligt, und auf diese Weise die ursprüngliche Einheit zwischen den Mitgliedern der Gemeinde und den nutzungsberechtigten Hausvätern festgehalten worden ist. Bei weitem häufiger ist es jedoch der Fall gewesen, daß man die Anlegung neuer Hofstätten

---

1) Nach dem Weisth. von Mörscheid v. J. 1510. (Grimm, 2. 139.) bekommt jeder Hausmann daselbst Brenn- und Bauholz.

freilich nicht verhindert, aber doch den Neubauern keinen Antheil an der Benutzung der Allmende gewährt hat [1]), so daß also neben der politischen Gemeinde, welcher die Neuaufgenommenen als stimmberechtigte Mitglieder angehören können, noch eine engere Genossenschaft der an der Allmende ausschließlich Berechtigten bestehen geblieben ist. Die Mitberechtigung an der Allmende kann dann nur durch Aufnahme in diese Genossenschaft erlangt werden, wofür noch ein besonderes Einzugsgeld zu entrichten ist [2]).

Die große Mannigfaltigkeit, in welcher das ursprüngliche, einfache Verhältniß der Nutzungsberechtigten zur Allmende im Verlaufe der Zeit sich entwickelt hat, muß die Aufstellung einer allgemeinen, alle diese verschiedenen Formen beherrschenden Regel als ganz und gar unstatthaft erscheinen lassen. Die Ansicht eines den einzelnen Gemeindegliedern zustehenden Gesammt [3])- oder Miteigenthums [4]) findet jetzt wohl noch wenig Beifall; aber auch nicht haltbarer ist die neuerdings wieder [5]) von Maurenbrecher [6]) aufgestellte, daß die Allmende im Eigenthume der Corporation stehe, daß daher das Nutzungsrecht als Ausfluß des Gemeindeindigenats betrachtet werden müsse. Durch das von diesem Schriftsteller gemachte Zugeständniß, daß, wenn die Gemeindeordnungen oder das Herkommen andere Prin-

---

1) Bluntschli, a. a. O. 2. S. 74. f.

2) Bluntschli, a. a. O. 2. S. 78.

3) S. oben S. 153. f.

4) Weichsel, theoret. prakt. Grunds. über gemeinsch. Eigenth. S. 89. ff., welcher allerdings auf dem richtigen Wege ist, aber die Genossenschaft der Nutzungeberechtigten mit der Gemeinde verwechselt.

5) Schon früher auch von Gönner, über Cultur und Vertheilung der Gemeindeweiden §. 12. 20. 22.

6) Deut. P. R. §. 171. der 2. Ausg. Vergl. Mittermaier, deut. P. R. §. 129.

cipien, z. B. eine Benutzung nach Loosen (wie in Rheinbaiern) oder nach Familien enthielten, danach geurtheilt werden müsse, wird jene Regel nicht gerechtfertigt, weil bei einem Rechtsverhältnisse, welches sich so verschiedenartig entwickelt hat, von einer Vermuthung für eine einzelne Form seines Vorkommens gar nicht die Rede sein kann[1]). Es muß vielmehr für jeden einzelnen Ort die Stellung der Gemeinde und der einzelnen Nutzungsberechtigten zur Allmende nachgewiesen werden, bis wohin nur der bisherige Besitzstand den Ausschlag geben kann.

V. Oefters sind auch Berechtigungen an Wald und Weide von Anfang an nur in Form einer Servitut sowohl einzelnen Personen[2]), als ganzen Gemeinden[3]) eingeräumt worden, so daß aus dem Vorkommen solcher Berechtigungen allein auf frühere markgenossenschaftliche Verhältnisse kein Schluß gemacht werden kann.

§. 19.

Der hessische Gemeindenutzen.

Den Bearbeitern des Partikularrechts muß es überlassen bleiben, die Spuren der Markverfassung aufzusuchen,

1) Wie mit Berufung auf den Begriff der Allmende, welche man ohne weitern Beweis als Eigenthum der Corporation auffaßte, die wohlerworbenen Rechte der Einzelnen wegdisputirt worden sind, zeigt besonders die Darstellung bei Beck und Lauteren, a. a. O. S. 352. ff.

2) Urk. v. J. 1140. (Suppl. ad dipl. *Miraei* c. 24. in opp. t. 2. p. 821), zwischen 1140. und 1146. (*Mon. Boica*, t. 25. p. 103), v. J. 1221. (*Boehmer*, cod. dipl. Moeno-Franc. 1. p. 31.), v. J. 1262. (Das. p. 128.), v. J. 1290. (Das. p. 248.), v. J. 1291. (Das. p. 256.), v. J. 1299. (Das. p. 323.).

3) Urk. v. J. 1369. (*Gercken*, frag. March. 1. p. 83.) wonach Otto, Markg. von Brandenburg, den Bauern zu Ribou das Recht gibt, aus seinen Waldungen ihr nöthiges Holz zu holen; Urk. v. J. 1440. (*Mon. Boica*, t. 25. p. 39. seq.).

und die mancherlei Umwandlungen, welche die letztere erlitten, nachzuweisen; eine Untersuchung, welche für die richtige Beurtheilung einzelner Verhältnisse der Gegenwart zu den wichtigsten Resultaten führen wird. Ganz beiläufig mag in dieser Beziehung auf den hessischen Gemeindenutzen hingewiesen werden [1]).

In den Dorfschaften der Provinz Oberhessen, von welchen hier zunächst die Rede ist, bestehet seit uralter Zeit das Herkommen, daß die in der Dorfsgemarkung liegenden, nicht im Eigenthume Einzelner sich befindenden Waldungen, Huteplätze und Wiesen von einer gewissen Klasse von Personen gemeinschaftlich benutzt werden. Diese Berechtigung, welche sich auch in einzelnen Städten [2]) und Flecken findet, heißt der Gemeindenutzen, Gemeindegebräuche. Die Grundstücke, an welchen der Gemeidenutzen Statt findet, sind auf den Namen der Gemeinde in den Steuerbüchern katastrirt; daneben wird aber auch bei dem Namen des einzelnen Nutzungsberechtigten bemerkt, daß er einen Gemeindenutzen habe, welcher von demselben, wie sein privativer Grundbesitz in der Steuer verhalten werden muß. Nur der Inhaber eines Gemeindenutzens gilt als Gemeindemann, d. h. als stimmberechtigtes Mitglied in der politischen Gemeinde, so daß also zwischen den Mitgliedern dieser Corporation und den nutzungsberechtigten Genossen kein Unterschied bestehet; denn die Neubauer erhielten an dem Gemeindenutzen keinen Antheil, und daher auch keim Stimm-

---

1) Kopp, Handb. zur Kenntniß der Hessen-Casselischen Landes-Verfass. und Rechte Th. 4. S. 379. ff.

2) Hier enthält der Gemeindenutzen bisweilen das ursprünglich damit nicht in Verbindung stehende Recht des Bierbrauens der Reihe nach (Brautag).

recht in der Gemeinde, sie waren bloße Beisitzer[1]). Die Ansicht, daß neben der privatrechtlichen Genossenschaft der Nutzungsberechtigten noch eine politische Vereinigung bestehe, welche auch noch andere Dorfseingesessene umfasse, mußte daher den Bauern völlig fremd bleiben; weshalb dieselben unter dem Ausdrucke Gemeinde nur eben die Genossenschaft der Gemeindemänner, nicht aber eine davon verschiedene Corporation verstehen, und daher der Genossenschaft auch dasjenige Vermögen beilegen, welches nicht der ausschließlichen Benutzung der Gemeindemänner unterliegt, sondern den übrigen Dorfseinwohnern gleichmäßig zu Gute kommt, wie Schul-, Back-, Hirtenhäuser u. s. w., welche aber gleichfalls unter dem Ausdruck Gemeindegebräuche begriffen, und neben den, der Benutzung durch die Genossen unterworfenen Grundstücken auf den Namen der Gemeinde katastrirt sind. Dagegen wurden aber auch von den Gemeindemännern diejenigen Ausgaben, welche im Interesse aller Bewohner des Dorfes gemacht werden mußten, zunächst aus den Einkünften des Gemeindenutzens bestritten. Namentlich diente zu diesem Zwecke das aus der Verpachtung der Wiesen und dem Verkaufe von Bauholz u. s. w. gelösete Geld, dessen etwaiger Ueberschuß unter die Gemeindemänner getheilt wurde[2]). Eine eigentliche Gemeindekasse soll vor den zwanziger Jahren nicht bestanden haben. Die Beisitzer zahlten zu den gemeinen Lasten nur eine Nebenabgabe, nämlich ein geringes Beisitzergeld, ein Viehgeld für das Recht, ihr Vieh mit dem der Gemeinde-

---

1) S. die bei Sternberg, heff. Rechtsgewohnheiten, Heft 1. der oberheff. Gemeindsnutzen (1842.) S. 12. ff., besonders S. 23. f. abgedruckten Zeugenaussagen.

2) Sternberg, a. a. O. S. 5. ff.

männer auszutreiben und ein Holzgeld für das Recht, Leseholz im Gemeindewalde zu holen [1]).

Daß der Gemeindenutzen, welcher nach dem Zwecke dieser Abhandlung nur in ganz allgemeinen Umrissen beschrieben werden kann [2]), als ein Ueberrest markgenossenschaftlicher Verhältnisse betrachtet werden muß, ist nicht in Zweifel zu ziehen. Man wird daher, wenn man erwägt, wie übereinstimmend sich in den verschiedenen Gegenden Deutschlands die Rechtsverhältnisse ausgebildet haben, kein Bedenken tragen, die Natur der Markberechtigung, wie sie in der Vorzeit außerhalb Hessens nachweisbar bestanden hat, auch hier als Grundlage der Untersuchung über die Natur des Gemeindenutzens anzuerkennen. Wir finden aber außerdem in Urkunden, welche sich auf Hessen und das angrenzende Waldeck beziehen, manche Andeutungen, welche dieses Verfahren vollständig rechtfertigen.

Hierher gehört eine Urkunde v. J. 1297 [3]) über ein unter dem Vorsitze des Grafen Otto von Waldeck gehaltenes Holzding, in welchem unter den im Hessewald mit Achtwort berechtigten Markgenossen (Erbexen) auch die Bürger von Volkmarsen erwähnt werden.

In den Streitigkeiten der hessischen Landgrafen mit dem Erzstift Mainz über den Reinhardswald wird für mehrere in dessen Nähe liegende Dörfer das Achtwort in demselben von den Erzbischöfen gegen 1321. in Anspruch genommen [4]), und in dem Hauptvergleiche von 1354. folgendes darüber festgesetzt:

---

1) Sternberg, a. a. O. S. 9.

2) Manche interessante Einzelheiten sind bei Sternberg nachzusehen.

3) Wigand, Archiv für Gesch. und Alterth. Westphalens B. 1. H. 4. S. 106. ff.

4) Wenck, hess. Landesgesch. B. 2. S. 937. ff.

Beurkundete Nachricht wegen der Commende Schiffenberg, Beil. 201. S. 46:

Iz ist auch gereth vme den Reynharts Wald daz der der obgenanten Lantgraven sol sin — doch also daz vnsir vnd vnsers Stifftes Dörfer die vor demselben Walde gelegin sint yr achtwarte behalten sullent, dye sie von alders gehabt han vnd von rechte in dem Walde — Mer ist gereth vme die Dorfern die horent zu Trendenburg waz auch die Lantgraven von Hessin vnd yr lute an deme felderholz rechtes habent adir an den holzen die daran stozsent, daran sollen wir adir vnszir Stifft noch nyman von vnszir wegen sie hindern, vnd sullent yre Monchove vnd ihre Dorfer yre Achtirwarte darinne behalden als sie von aldir hant gehait.

In einem schiedsrichterlichen Spruche v. J. 1407. in Sachen der deutschen Ordens-Commende zu Marburg gegen Kraft Hobeherr, wegen des Gerichtes zu Großseelheim heißt es unter andern: „Die Dorffmergker sullen sich des waldes gebruche zu er Nodtorfft nach alder gewonheid" [1]); und in dem Weisthume über die Elber Mark v. 1440:

Zeitsch. für hess. Geschichte und Landeskunde B. 2. H. 2. S. 242. ff.:

Czum ersten hayn die obgenannten menner von Elben, Aldendorff vnd Beldershusen — gesaget vnd gewyset vmb das Hoilz Dyngk — Item han sie gesaigt die obgemelten menner, wilcher der mergker buwen wulde, wan er das thun wil, sail er gehen zcu dem greiben

1) Entdeckter Ungrund derjenigen Einwendungen — gegen des Teut. Ritterordens Löbl. Ballay Hessen-Immedietät, Beil. N. 51. Vergl. Urk. v. J. 1370. bei Lennep, Leihe zu Landsiedel-Recht, Cod. prob. N. 96.

zcu Elben vnd sail jnn geiben eynen heschen vnd sprechen, ich wil buwen vnd den magk In die egenanten gehoiltze gehen, hoiltz hauwen vnd dar mit buwen vnd darvor sail Inen dan nymant von der heren von Elben vnd der mergker weigen pfenden, so lange wiß das er syn huß sloißhaftigk gemacht hait u. s. w.

In den Privilegien des Landgrafen Heinrich v. J. 1472. werden den Einwohnern der Stadt Grebenstein ihre bisherigen Rechte bestätigt: — „Nemlich als sie geachtwert sin In deme Reinhartswalt, da Ine ußgezogen ist legerholze vnd Achtertzoppe" [1]). —

Die Berechtigung zur Benutzung der Mark war mit der Hofstätte verbunden. Nach einer Urk. v. J. 1322. verkaufen mehrere Adlige an den Landgrafen Otto: montem — Franckenberg, duos mansos cum dimidio sitos in Franckenhusen, et jus vulgo dictum *Achtwarre* in silva dicta Franckehusir Holtz, cum aliis juribus honoribus ac usufructibus quibuslibet *ad predictos montem et mansos spectantibus* [2]); und mehrere Vasallen bekennen in einem Lehenreverse über waldeckische Lehen v. J. 1525. auch mehrere Hufen zu Lehen erhalten zu haben „mit gerechtigkeit vnnd achtwort die behorig sein zue denn zwelff huue vorg. ann dem Withmar walde" [3]).

Es kommen aber auch Urkunden vor, nach welchen der Antheil an der Mark (Achtwort) für sich allein, ohne das Hofgut, veräußert werden konnte:

Kopp, a. a. O. N. 73. a. 1354:

Ich Conradt von Brochusen — bekenne — dat ich — hebbe verkaufft — vieff Achtwort die ich hadde van

1) Zeitsch. für hess. Gesch. Th. 1. S. 214. f., S. 230.

2) Wenck, a. a. O. Th. 2. Beil. 286.

3) Kopp, heimliche Gerichte, Beil. N. 6.

Brochusen wegen, in denn Hoppern, also ais die Waldt wendet, ane ein derdeill einer achtwortt [1].

Wie schon Estor [2]) bemerkt hat, nennt der Bauer in den ehemals mainzischen, jetzt kurhessischen Ortschaften seinen Antheil am Gemeindenutzen bis auf den heutigen Tag Ewert, was offenbar aus Echtwort hervorgegangen, und nicht ein davon verschiedenes Wort ist, wofür es namentlich Scherz [3]), nach Estor's Vorgange, genommen hat, welche der Ansicht sind, daß es aus Einwart entstanden sei, welcher Ausdruck in jenen Ortschaften zur Bezeichnung des Antheils am Gemeindenutzen auch gebräuchlich sein soll [4]).

Diese Nachrichten über die Markverfassung in Kurhessen, so dürftig sie auch immer sind [5]), geben doch wenigstens den Standpunkt an, von welchem aus die Untersuchung über die Natur des Gemeindenutzens zu beginnen ist. Während in den größeren Städten Kurhessens die Allmende in das Eigenthum der Corporation übergegangen ist, fast überall mit gänzlicher Ausschließung der Benutzung von Seiten der einzelnen Bürger, hat sich umgekehrt in den kleinern, mehr den Landbau, als städtische Nahrung treibenden Städten, besonders aber in den Dörfern, und hier zwar fast ganz wie in früherer Zeit, die Benutzung der Allmende, unter dem Namen des Gemeindenutzens, erhalten; da den Bewohnern derselben die Idee einer alle

---

1) Vergl. das. Urk. v. J. 1356. N. 74.

2) Neue kleine Schriften Th. 2. S. 203.

3) Gloss. v. *Einwart*, „fines loci, finium descriptio, jurisdictio, cui quis subjectus est, vulgo ewert".

4) Sternberg, a. a. O. S. 19.

5) Ich bedauere sehr, daß von Grimm's Weisthümern der dritte Theil, welcher auch die hessischen enthalten wird, noch nicht erschienen ist.

Grundbesitzer umfassenden Gemeinde, wie schon oben bemerkt wurde, bis auf die neueste Zeit fremd geblieben ist.

Daß sich hier manche Verschiedenheiten zeigen, ist nicht auffallend. In einzelnen Ortschaften ist die Theilnahme am Gemeindenutzen ein wahres Gemeinderecht geworden, welches jedem Inhaber eines Bürgerhauses oder Bauerngutes zustehet. Die Grundstücke, an welchen die Berechtigung Statt hat, befinden sich in diesem Falle im Eigenthume der Corporation.

In den meisten Ortschaften ist aber der Gemeindenutzen ein besonderes Recht, welches in eine bestimmte Anzahl einzelner Berechtigungen (Theile, Loose) zerfällt. Hier findet sich wieder eine wesentliche Verschiedenheit. In einigen Ortschaften geht nämlich der Gemeindenutzen nur auf die Leibeserben über, und wird durch das Wegziehen aus der Gemeinde verloren; die hierdurch vacant werdenden Antheile fallen an die Gemeinde, d. h. die Genossenschaft der Nutzungsberechtigten zurück, und werden gegen eine dafür zu entrichtende Geldsumme wieder verliehen [1]). Am häufigsten ist aber der Gemeindenutzen eine untrennbare Pertinenz gewisser Wohnhäuser, oder ein für sich bestehendes frei veräußerliches Recht, (der Gemeindenutzen haftet auf der Person, wie man sich ausdrückt,) so daß in diesem Falle die sämmtlichen Theile

---

1) Sternberg, a. a. O. S. 11. Die Behauptung desselben (S. 11. Note 1. u. S. 121 ff.), daß sich das Gemeindenutzungsverhältniß hier aus „feudalen Elementen" entwickelt habe, ist mir nicht klar; soll damit das einem Grundherrn gegenüber bestehende Abhängigkeitsverhältniß der Kolonen bezeichnet werden, so ist dagegen zu bemerken, daß sich die meisten hessischen Dörfer in einem solchen Nexus befunden haben, welcher aber im Allgemeinen auf die Stellung der Hintersissen zu der von dem Grundherrn gleichfalls verliehenen Allmende keinen wesentlichen Einfluß hatte (§ 18. I.).

möglicher Weise in der Hand eines Einzigen vereinigt werden können[1]).

In dem Falle nun, wo der Gemeindenutzen aus einer bestimmten Anzahl von Berechtigungen bestehet, ist ganz und gar kein Grund für die Annahme vorhanden, daß die Grundstücke, welche jenem unterworfen sind, sich im Eigenthume der politischen Gemeinde befänden. Der Gegensatz zwischen der Genossenschaft der Nutzungsberechtigten und der politischen Gemeinde tritt ganz besonders dann hervor, wenn, wie dieses in nicht wenigen Ortschaften vorkommt, die Veräußerung eines Gemeindenutzens an einen Auswärtigen gestattet ist; ein solcher wird nicht Mitglied der politischen Gemeinde und hat in Gemeindesachen keine Stimme, allein er wird doch Gemeindemann genannt und gehört der Genossenschaft der Nutzungsberechtigten an[2]). Nur darüber könnte etwa gestritten werden, ob die Genossenschaft der Berechtigten als juristische Person, oder die einzelnen Genossen Subject des Eigenthums seien. Daß letzteres anzunehmen, also ein Miteigenthum nach ideellen Theilen zu unterstellen ist, kann nach der oben (S. 166. ff.) versuchten Entwickelung dann am wenigsten bezweifelt werden, wenn die Veräußerung des Gemeindenutzens, als eines selbstständigen Rechtes, gestattet ist. Aber das Wegfallen dieser Befugniß aus dem Grunde, weil der Gemeindenutzen mit einem Hauptgute unzertrennlich verbunden, oder nur auf die Leibeserben vererblich ist, stehet der Annahme des Miteigenthums nicht entgegen; da die Pertinenzqualität den Begriff des Eigenthums eben so wenig ausschließt, als eine in Bezug auf die Vererblichkeit beste-

1) Es kommt dieses auf ganz gleiche Weise auch in der Schweiz vor, Bluntschli, a. a. O. 2. S. 82. 83.

2) Sternberg, a. a. O. S. 10. und 24.

hende Beschränkung. Daß die den einzelnen Nutzungsberechtigten nicht zustehende Befugniß zur Theilung der Grundstücke, welche dem Gemeindenutzen unterworfen sind, als Grund gegen das behauptete Miteigenthum nicht geltend gemacht werden kann, bedarf kaum der Erwähnung; denn es ist diese Befugniß nicht wesentlich, und kann daher wegen des besondern Zweckes der Vereinigung entzogen sein (§. 6. und S. 166.). Die Genossenschaft der Nutzungsberechtigten hat außerdem als Grundlage und Hauptbestandtheil der Corporation auch eine von dem Privatinteresse unabhängige, das gemeine Beste unmittelbar berührende politische Bedeutung, welches schon früh Veranlassung gegeben hat, aus landespoliceilichen Rücksichten die Benutzung und Bewirthschaftung der „gemeinen Hut und Gebräuche" zu beschränken [1]).

So lange nun die politische Gemeinde nur aus den Mitgliedern der nutzungsberechtigten Genossenschaft bestand, konnten die übrigen Dorfseinwohner auf den Gemeindenutzen keinen Anspruch machen, wie dieses auch in einem Extracte General Directorial Protokolls vom 24. Jan. 1777 [2]) anerkannt ist: „Wann ein Unterthan oder Fremder sich in ein Dorf neu anbauen will; So soll er solches gehörig anzeigen, ihm aber dasselbe gar nicht erschwert sondern vielmehr auf alle Weise facilitirt werden. So viel hingegen den Mitgenuß der Gemeinheiten anbelangt; So hat der Anbauer an und vor sich noch kein Recht dazu, sondern, wann er sich mit der Gemeinde in Güte nicht deswegen vergleichen kann,

---

1) Holzordnung vom 1. Sept. 1629. §. 19. Die übrigen hierher gehörenden landesherrl. Verordnungen sind bei Sternberg S. 46. ff. zusammengestellt.

2) Samml. Fürstl. Hess. Landes-Ordnungen Th. 6. S. 882.

so soll es von einer oeconomischen Untersuchung dependiren, ob die Gemeinheiten so beschaffen sind, daß der neue Anbauer ohne Schaden der Gemeinde daran participiren kann? Welchenfalls er, ohne weitere Rückfrage oder processualische Weitläuftigkeit dazu admittirt werden soll". Es zeigt sich hier aber auch schon die Collision, in welche die Rücksicht auf das Gedeihen der politischen Gemeinde mit dem Interesse der nutzungsberechtigten Genossenschaft kommen kann. Aber bis auf die neueste Zeit tritt die Ansicht, daß die Theilnahme am Gemeindenutzen ein besonderes, nicht allen Ortsbürgern zustehendes Recht sei, in der Gesetzgebung ganz unverkennbar hervor. Nachdem durch die Verordnung vom 14. Mai 1816. den israelitischen Glaubensgenossen, welche nicht den Nothhandel treiben würden, im Ganzen gleiche Rechte mit den christlichen Unterthanen gewährt worden waren, konnten jene auch das Ortsbürgerrecht erwerben. Durch dessen Erlangung allein wurden sie aber nicht zur Theilnahme an dem Gemeindenutzen berechtigt, vielmehr bestimmt der §. 10. N. 5: „Antheil an dem Gemeinde-Nutzen wird denselben nur alsdann zugestanden [1]), wenn sie solchen mit Einwilligung aller Berechtigten und mittelst eines lästigen Titels erwerben"; welche Bestimmung in dem Ausschreiben des Staatsministeriums vom 20. Dec. 1826. dahin erläutert wurde, daß mindestens zwei Drittheile

---

1) Nach der frühern Gesetzgebung konnten Juden nur dispensationsweise Häuser ankaufen, nur nicht solche, welche bisher in den Dörfern von Christen besessen worden waren, (Regierungs Aussch. vom 29 Jun. 1768. in der anges. Samml. Th. 6. S. 504.); die neuere Praxis gestattete freilich den Ankauf eines solchen Hauses, dann mußte jedoch der Gemeindenutzen zum Besten der christlichen Einwohner beruhen, bis dasselbe wieder in christliche Hände kam. (Kopp, Handbuch Th. 4. S. 381; vergl. Extr. Geh Raths Protok. vom 17. Ap. 1804. in der Sammlung Th. 8. S. 171.).

der betheiligten Gemeindeglieder eingewilligt haben müßten. Hierauf bezieht sich nun ein bei Kulenkamp[1]) abgedruckter Ministerialbeschluß vom 28. Ap. 1828, welcher zwar nur den Regierungen zu Cassel, Marburg und Fulda zugegangen, und nicht in die Gesetzsammlung aufgenommen ist, jedoch ein wichtiges Zeugniß enthält über die richtige Auffassung der Natur des Gemeindenutzens. Durch diesen Beschluß wird nämlich den genannten Regierungen bekannt gemacht, daß:

„1) Die in der Verord. vom 14. Mai 1816. §. 10. N. 5. und im Minist. Ausschreiben vom 20. Dezemb. 1826. enthaltene Beschränkung nicht auf diejenigen Fälle zu beziehen sei, wo der Antheil an den Gemeinde-Nutzungen mit einem Grundstücke als dessen untrennbare Zubehörung von einem israelitischen Staatsbürger rechtmäßig erworben worden ist, oder es künftig werden wird, — hingegen

2) diese Beschränkung eintrete bei denjenigen Antheilen am Gemeindenutzen, welche als Folge des Staatsbürgerrechts, oder des Nachbar- und dergleichen Rechtes betrachtet, oder welche vermöge Einkaufes in die betreffende engere Genossenschaft oder auf sonstige nicht unter 1) bemerkte Weise erworben worden;

3) in den Städten aber, deren Magistrat die Angelegenheiten des Kommunal-Vermögens ohne weitere Mitwirkung der Bürgerschaft besorgt, ebenfalls hinsichtlich des Erwerbs eines den obwaltenden Verhältnissen angemessenen Antheiles an dem nicht einer besondern Genossenschaft zustehenden Gemeindenutzen von Seiten eines israelitischen Staatsbürgers der Magistrat die Bürgerschaft zu vertreten habe, mithin zwei Drittel seiner Mitglieder die

1) Neue Samml. der Landes-Ordnungen Th. 2. S. 149.

zu gedachtem Erwerbe erforderliche Einwilligung gültig ertheilen können".

Es ist schon oben erwähnt worden, daß mit der fortschreitenden Entwickelung der Selbstständigkeit der politischen Gemeinde die Genossenschaft der an der Allmende berechtigten Hausväter in immer größere Gefahr gerieth, ihre ausschließlichen Nutzungsrechte einzubüßen. Dieses zeigt sich auch besonders seit den letzten Jahrzehnten in Hessen [1]. In vielen Dörfern war nach und nach eine große Anzahl von Beisitzern aufgenommen, welche gleichmäßig den Antheil am Gemeindenutzen in Anspruch nahmen, oder doch die Entrichtung des bisherigen Beisitzergeldes verweigerten, weil sie zu jener Berechtigung nicht zugelassen würden [2]. Wenn aber diese Conflicte bisher nur hin und wieder vorgekommen waren, so rief die Gemeindeordnung vom 23. Oct. 1834 die übrigen Ortsbürger gegen die Gemeindemänner fast überall in die Schranken. Dieses Gesetz bestimmt nämlich §. 27., daß die, welche 1) ein eignes Wohnhaus besitzen, 2) die Landwirthschaft auf eignen Grundstücken mit eignem Anspanne treiben, 3) ein zünftiges Handwerk als Meister desselben ausüben, 4) ein sonstiges Gewerbe betreiben oder von dem Ertrage ihres Vermögens leben, 5) durch wissenschaftliche oder künstlerische Betriebsamkeit oder aus sonstigen, unter den vorigen Nummern nicht genannten Quellen ein gewisses Einkommen beziehen, nicht blos berechtigt, sondern auch verpflichtet sind, das Ortsbürgerrecht zu erlangen. Neben der Genossenschaft der Nutzungsberechtigten hat hierdurch die politische Gemeinde, eine, wenigstens in den

---

1) Ueber den ganz übereinstimmenden Gang, welchen dieses Verhältniß in der Schweiz genommen hat, s. Bluntschli, a. a. O. 2. S. 60. ff.

2) Sternberg, S. 61.

Dorfgemeinden bisher ganz unbekannte Selbstständigkeit erlangt; jene bildet nicht mehr ausschließlich die politische Gemeinde, ist aber dadurch in ihrem, einen privatrechtlichen Charakter an sich tragenden Nutzungsrechte ganz und gar nicht beeinträchtigt; wie auch die Gemeindeordnung ausdrücklich anerkennt. Der §. 24. lautet nämlich: „Neben dem Einzugsgelde kann noch der fünf- bis zehnfache Betrag der dem Einziehenden nach durchschnittlichem Anschlage in einem Jahre zu gut kommenden, besondern Nutzungen vom Gemeindevermögen, als deshalbiges Einkaufsgeld statutarisch bestimmt werden, bis zu dessen Zahlung der Mitgenuß beruhet". Der Gegensatz des genossenschaftlichen Vermögens zeigt sich in dem unmittelbar folgenden Zusatze: „Diese Bestimmung findet jedoch in allen den Fällen keine Anwendung, wo dergleichen Nutzungen für sich erworben werden müssen, oder Zubehör eines Hofes, Gutes oder Wohnhauses sind". Ferner bestimmt der §. 70: „Dasjenige Vermögen, dessen Ertrag bisher zur Bestreitung von Gemeinde-Ausgaben bestimmt war (Kämmerei- oder Orts-Vermögen), soll auch ferner, so lange es nicht veräußert oder vertheilt wird, zu diesem Zwecke verwendet werden. Dagegen sollen die Gemeindenutzungen, welche bisher allen Gemeindegliedern oder einzelnen Klassen derselben zustanden, auch ferner nach dem deshalbigen Herkommen behandelt werden, so lange bis eine andere Einrichtung zu Stande kommen wird".

Daß nun die Gemeindeordnung an den Grundlagen zur Berechtigung auf die Gemeindenutzungen durchaus nichts geändert hat, ist auch in dem bei Sternberg[1]) abgedruckten Bescheide des Ober Appell. Gerichtes vom 23. Juni 1838. anerkannt, welcher aber wegen seines übrigen Inhaltes

1) S. 65. ff.

hier noch genauer zu erwähnen ist. Die vormaligen, durch die Gemeindeordnung zu Ortsbürgern gewordenen Beisitzer des Dorfes Michelbach hatten auf den Grund ihres Ortsbürgerrechtes die Theilnahme am Gemeindenutzen in Anspruch genommen, welche ihnen von den bisher ausschließlich berechtigten Gemeindemännern, deren außer dem Pfarrer und Schullehrer 28 sind, verweigert wurde. Jenes Erkenntniß geht nun von dem Gesichtspunkte aus, daß in der Natur der Gemeinheit Gleichheit der Rechte ihrer Mitglieder im Allgemeinen, und ins Besondere in Ansehung des den Einzelnen zukommenden Nutzens vom Gemeindevermögen als Regel begründet sei. Diese gelte auch namentlich für die hessischen Landgemeinden, und daher hätten die Kläger, da sie zu Ortsbürgern aufgenommen worden, gleich den andern Gemeindegliedern einen Anspruch auf Theilnahme am Gemeindenutzen. Der hiergegen von den Verklagten aus dem Grunde erhobene Widerspruch, daß nach einem in der Gemeinde Michelbach bestehenden Herkommen nicht einem jeden Gemeindegliede, als solchem, der Mitgenuß der Gemeindenutzungen zustehe, vielmehr jeder, welcher einen solchen Antheil erlangen wolle, diesen besonders erwerben müsse, enthalte die Behauptung einer Ausnahme von der den Klägern zur Seite stehenden Regel, weshalb dieses Herkommen von den Verklagten zu beweisen sei. Der Endsbescheid vom 15. Apr. 1839. spricht sich, unter Verwerfung der Beweisantretung der Verklagten dahin aus, daß den Klägern, als Mitgliedern der Gemeinde Michelbach, das Recht der Theilnahme an dem Gemeindenutzen daselbst zustehe [1]).

Die Ansicht, von welcher das Beweisinterlocut ausgehet, ist mit der rechtlichen Natur des Gemeindenutzens,

1) Sternberg, S. 67. ff.

wie sie oben geschichtlich festgestellt worden, nicht in Einklang zu bringen, und muß daher, wenn sie ein Präjudicium für die Lehre vom Gemeindenutzen überhaupt bilden sollte, die Verletzung wohlerworbener Rechte unausbleiblich zur Folge haben. Das Interlocut hat aber diese präjudicielle Eigenschaft nicht. Beide Parteien stimmten nämlich darin überein [1]), daß diejenigen Grundstücke, welche dem Gemeindenutzen in Michelbach unterworfen sind, sich im Eigenthume der Corporation befänden; die Streitfrage war nur die, ob derjenige, welcher Ortsbürger geworden, den Antheil am Gemeindenutzen in Anspruch nehmen könne. Der Richter muß aber nach bekannten processualischen Grundsätzen dasjenige, was unter den Parteien unbestritten ist, als wahr annehmen, und darf seiner anderswoher (nicht aus den Acten) erlangten richtigern Kenntniß des factischen Verhältnisses auf sein Urtheil keinen Einfluß gestatten. So sehr jenes Interlocut der wahren Natur des Verhältnisses widersprechen mag, so konnte es doch nach den Acten nicht anders ausfallen; da unter der Voraussetzung, daß der Corporation das Eigenthum zustehe, der Antheil am Gemeindenutzen als ein Recht jedes Ortsbürgers anerkannt werden mußte. Daher wird auch ein anderer Prozeß über die Frage, ob den zu Ortsbürgern gewordenen frühern Beisitzern der Antheil am Gemeindenutzen als Folge ihres Ortsbürgerrechtes gebühre, dann zu einem ganz andern Resultate führen müssen, wenn jenes Eigenthum der Corporation geleugnet wird; denn daß in einem solchen Falle dasselbe nicht supponirt werden darf, ist klar genug. Wenn daher die bisherigen Nutzungsberechtigten es leugnen, daß in ihrer Gemeinde die dem Gemeindenutzen unterworfenen Grundstücke

1) Wenigstens scheint dieses aus dem von Sternberg S. 70. f. Gesagten hervorzugehen.

im Eigenthume der Corporation seien, sich vielmehr auf das bisherige Herkommen berufen, daß in ihrer Gemeinde eine geschlossene Anzahl von Theilen des Gemeindenutzens bestehe, wozu die Berechtigung nicht in Folge des Ortsbürgerrechtes, sondern durch einen besondern Titel erworben werde, so muß den neuen Ortsbürgern, die ihre vermeintliche Berechtigung zur gleichmäßigen Theilnahme an dem Gemeindenutzen geltend machen, der Beweis auferlegt werden.

VII. Die eheliche Gütergemeinschaft

§. 20.

Verschiedene Ansichten.

Die ältern Juristen sind weit entfernt, das Verhältniß der Ehegatten, welche in Gütergemeinschaft leben, als ein dem deutschen Rechte ganz eigenthümliches aufzufassen; sie tragen vielmehr kein Bedenken, die römischen Grundsätze über die Societät als Regel darauf anzuwenden. Am deutlichsten spricht sich Lauterbach[1]) hierüber aus: **Haec conjugalis bonorum communio *vera est societas* ab ea, quae expressis pactis inter alios initur, et de qua in jure nostro civili agitur, nihil admodum discrepans —. Hinc jura ea, quae de societate loquuntur, in hac etiam conjugali bonorum communione locum sibi vindicabunt, ut nihil ab iis discedendum fuerit, nisi contraria loci consuetudo, vel statutum, diversum suaserit. Certum enim est, non uno in loco consortium hoc conjugale, quoad bonorum participationem plus minusve**

---

1) *Lauterbach*, (resp. *Kieffer*,) diss. de communione bonor. conjugali, (1661.) § 3 (in diss. academ. t 3. N. 128).

restringi atque coarctari[1]). Bei Erklärung des lübischen Rechtes mußte Mevius freilich darauf kommen, daß dessen Bestimmungen über das eheliche Güterrecht mit denen des römischen über die Societät nicht in vollständigen Einklang zu bringen waren, aber er kann sich nicht gänzlich von dem Einflusse des römischen Rechtes lossagen, und gibt nur zu, daß nach dem Statute das eheliche Güterverhältniß ein „societatis seu communionis genus admodum improprium et anomalum“ sei[2]). Auch die spätern Juristen[3]), welche die eheliche Gütergemeinschaft als eine Societät nicht angesehen wissen wollen, behaupten für jene nicht eine ganz eigenthümliche Grundlage, sondern erklären sich nur gegen die den Regeln des römischen Rechtes gestattete unbeschränkte Anwendung.

Freilich hatte schon Justus Veracius 1681. (s. oben S. 5. ff.) die eheliche Gütergemeinschaft auf ein dem römischen Rechte gänzlich fremdes Princip gebauet, welches jedoch als eine Singularität des bambergischen Rechtes angesehen, und für das gemeine Recht erst viel später angenommen wurde. Es geschah dieses vornehmlich von Lange, welcher sich dahin ausspricht: „daß sich das Dominium eines jeden der beyden Eheleuthe auf das Gantze keineswegs aber nur auf die Helffte oder einen andern assignirt oder

---

1) *Sande*, decis. Fris. lib. 2. dec. 5, *Huber*, prael. ad Pand. lib. 17. tit. 2. n. 3 seqq., *Leyser*, sp. 184. med. 7., *Heineccius*, elem. jur. Germ. t. 1. lib. 1. §. 286.

2) Ad jus Lubec. lib. 1. tit. 5. art. 5.

3) *Hermann*, (pr. Hofmann,) diss. de communionis bonor. conjugal. natura atque principiis. Francof. ad Viadr. 1730. (ed. 2. 1755.), besonders in den Noten zu §. 3., *Klugkist*, diss. de regulis juris Rom. e doctrina de societate male ad communionem bonorum inter conjuges accommodatis. Marb. 1771.

determinirten größern oder geringern Antheil erstrecke. Eines jeden sein Recht spreitzet sich durch die gemeinschafftliche Sache, wie die Seele durch den Cörper, aus. Sie ist in allen Gliedern, sie ist ganz im gantzen Leibe und ganz in jedem Theile des Cörpers" [1]). Ganz aus demselben Gesichtspunkte wurde darauf auch von Scherer [2]) die eheliche Gütergemeinschaft aufgefaßt. Das Vermögen wird den beiden Ehegatten (heißt es Th. 1. §. 46.) „also gemein, daß einem jeden das Eigenthum des ganzen Sammtvermögens ganz, jedem ein unzertrenntes gleiches Recht daran zustehet, keiner den andern davon ausschließen kann, jeder derselben einerlei Rechte und Verbindlichkeiten untheilbar auf sich hat, mithin beide in dem genauesten und unzertrenntern Sammteigenthum stehen, und jedes von ihnen ein Herr aller Güter, der ganzen Activ- und Passivmasse ist, überhaupt also keines mehr sagen kann, dieses ist mein, jenes ist dein". (§. 71.) — „wenn also eines von ihnen stirbt, so ist der andere nicht des verstorbenen Erbe, sondern er hat jetzt das Sammteigenthum allein, er bedarf dazu keinen Erwerbtitel, sondern da der eine Sammteigenthümer aus dem Wege ist, den er nicht ausschließen, und der ihn nicht ausschließen konnte, so tritt er eben damit ins solidarische Eigenthum ein; nicht aus einem Erbfolge, sondern Kraft des Sammteigenthumsrechts, Kraft dessen er wie vorher, so auch jetzt, alle andern Personen davon ausschließet".

Seit dem Anfange dieses Jahrhunderts machte sich dagegen die Ansicht geltend, daß die beiden Ehegatten als

---

1) Die Rechtslehre von der Gemeinschaft der Güther unter denen teut. Eheleuten. (1766.) S. 162., vergl. S. 50. ff.

2) Die verworrene Lehre der ehelichen Güter-Gemeinschaft systemat. bearbeitet. 1799.

eine juristische Person angesehen werden müßten [1]), was von Hasse genauer entwickelt und consequent durchgeführt wurde. Die Richtigkeit seiner Ansicht hat derselbe nicht direct aus den ältern Rechtsquellen, sondern indirect durch eine Folgerung zu beweisen versucht. Hasse gelangt nämlich aus seiner Annahme der juristischen Person ganz consequent zu der Folgerung (§. 53.), daß, wenn die Schulden durch das vorhandene Vermögen nicht gedeckt werden könnten, die beiden Ehegatten, als Individuen, gleich den Mitgliedern einer Corporation, nicht verhaftet seien. Solle das Individuum als solches zur Bezahlung der Schulden der mystischen Person verbunden sein, so müsse dieses entweder durch Gesetze besonders verfügt, oder dasselbe Erbe der juristischen Person geworden sein. Das Dachdings-Auftragen sei weiter nichts als die Erklärung, daß man der mystischen Person nicht succediren wolle. Dieses Nichthaften der Individuen betrachtet Hasse als eines der erheblichsten Resultate seines Princips, dessen Richtigkeit rückwärts dadurch bewiesen werde, daß diese Folgerung in den Statuten ausdrücklich anerkannt sei. Das dem Manne ausschließlich zustehende Verfügungsrecht erklärt Hasse (§. 32.) durch die Annahme, daß ihm dasselbe durch das Gesetz übertragen sei. In einem spätern Aufsatze [2]) sucht Hasse seine Ansicht mit besonderer Rücksicht auf das lübische Recht weiter zu begründen. Nach den Rechtsbüchern des Mittelalters sei das ganze Vermögen beider Ehegatten durch die dem Ehe-

---

1) Müller, Versuch einer Entwickelung und Darstellung des fränkischen Gewohnheitsrechts von der ehelichen Gütergemeinschaft (1801.) S. 5., Runde, deut. P. R. §. 603., Danz, Comm. zu Runde §. 603. (der 3. Ausg 1801.) Aehnliches findet sich auch schon bei frühern Schriftstellern; s. Hasse, (in der S. 11. N. 3. angeführten Schrift) §. 28. N. 1.

2) Zeitschr. für geschichtl. Rechtsw. Th. 4. S. 60—111. (1820).

manne zustehende Vogtschaft zu einer Masse vereinigt worden; jedoch hätten nicht beide Ehegatten gleiche Rechte daran gehabt, vielmehr ihre Sonderrechte an dem Eingebrachten behalten; daher habe sich bei Trennung der Ehe das Vermögen in seine ursprünglichen Bestandtheile wieder aufgelöset, (äußere Gütergemeinschaft). Die wahre Gütergemeinschaft dagegen, wie sie nach lübischem Rechte bei der beerbten Ehe vorhanden sei, vernichte diese Sonderrechte, so daß das ganze Vermögen auch innerlich ungezweit als eine Masse erscheine, die bei Trennung der Ehe in ihre ursprünglichen Bestandtheile nicht zerlegt werde, so daß also beiden Ehegatten ein gleiches Recht an dem Vermögen zustehe, (innere Gütergemeinschaft). Ideelle Theile seien hier aber nicht unterschieden; eine volle Gemeinschaft lasse sich daher nur denken, wenn man beide Ehegatten hinsichtlich ihres Vermögens juristisch als eine Person betrachte. Die untrüglichen Kennzeichen dieser innern Gütergemeinschaft findet Hasse darin, daß das ursprüngliche Vermögen der Frau für die Schulden des Mannes haftet, und daß bei Trennung der beerbten Ehe durch den Tod eines Ehegatten, das Vermögen nicht in seine ursprünglichen Bestandtheile zerlegt, sondern als eine gleichartige Masse zwischen dem Ueberlebenden und den Kindern getheilt wird.

In wie weit Hasse das lübische Recht richtig aufgefaßt hat, mag hier dahin gestellt bleiben [1]); allein wenn man auch alle Voraussetzungen als richtig zugeben will, so folgt aus denselben dennoch nicht, daß man als Subject der innern Gütergemeinschaft eine durch beide Ehegatten gebildete juristische Person annehmen müsse. Die hassesche

1) S. d. Recension dieses Aufsatzes von Cropp in den Heidelb. Jahr. der Lit. v. J. 1823. S 117. ff.

Ansicht fand daher auch an dem Recensenten der ersten Schrift[1]) und Mittermaier[2]) ihre Gegner, wurde dagegen aber von Eichhorn[3]), Pfeiffer[4]), Albrecht[5]) und Deiters[6]) angenommen. Neuerdings hat auch noch, wie Schmitthenner[7]) anführt, das geheime Ober-Tribunal in Berlin sich dahin ausgesprochen[8]), daß die Ehegatten eine moralische Person ausmachten, und diese Person, nicht die Individuen, das berechtigte Subject sei.

Nach Phillips[9]) beruhen die Gerechtsame der Ehegatten bei der Gütergemeinschaft auf einer doppelten Grundlage, auf ihrem gemeinschaftlichen Eigenthum an dem Vermögen und auf der Vormundschaft des Mannes; die Gemeinschaft kann aber verschiedener Natur sein, indem sie entweder als deutsches Gesammteigenthum oder als römisches Miteigenthum nach ideellen Theilen, welches letztere jedoch statutarische Ausnahme ist, aufgefaßt werden muß.

Maurenbrecher[10]) ist dagegen auf die Ansicht der ältern Juristen wieder zurückgekommen, und unterstellt eine Communion, welche Ansicht auch von den beiden neuesten Schriftstellern über das eheliche Güterrecht, Runde und

---

1) Heidelb. Jahrb. für Jurispr. 1809. S. 253.

2) Zeitschr. für geschichtl. Rechtsw. Th. 2. S. 332. ff.

3) Deut. P. R. §. 168. 169. 300. 307. 308.

4) Prakt. Ausführ. Th. 1. N. 8. und 9.

5) Gew. S. 258. Note 722.

6) Die ehel. Gütergem. nach dem münsterschen Provinzialr. (1831.) §. 49. und in der Zeitsch. für deut. R. B. 2. H. 2. S. 119. ff.

7) Deut. Güterr. der Ehegatten mit besonderer Anwendung auf den Königl. Preuß. ostrheinischen Bezirk (1842.) S. 36.

8) Justiz Minist. Blatt v. 1840. S. 373.

9) Deut. P. R. Th. 2. §. 140. 141.

10) Deut. P. R. §. 486. der Ausg. v. 1834.

Schmitthenner[1]), vertheidigt wird. Runde[2]) glaubt nämlich, daß in dem Falle, wo bei Trennung der Ehe die Frau ihr Eingebrachtes nicht zurücknehmen könne, sondern von dem in der Hand des Mannes zu einer Masse vereinigten Vermögen nur eine Quote zu erwarten habe, anzunehmen sei, daß ihr auch schon während der Ehe ein ideeller Theil zugehört habe. Die Erklärung des dem Ehemanne zustehenden Verfügungsrechtes hat den Vertheidigern der der ehelichen Gütergemeinschaft zu Grunde gelegten Communion von jeher viele Schwierigkeit gemacht. Runde spricht sich (§. 63.) über diesen Punkt also aus: „So wie auch nach römischem Rechte in einer communio juris ein vorwaltendes Verfügungsrecht eines Gemeiners durch Mandat oder institorische Verhältnisse, auch unter vertrauungsvoller Erlassung der Rechnungsablegung, begründet werden kann, ja in dem ehelichen Verhältniß möglich wäre, daß die Ehegatten durch Societätsvertrag eine Vermögens-Gemeinschaft herbeiführten und die Frau dem Manne ihren Antheil davon in dotem gibt: so hat sich in dem deutschen ehelichen Verhältniß die Herrschaft des Mannes aus dem Mundium und der Gewere zu ehelicher Vormundschaft, so wie die auf das innere Hauswesen beschränkte Wirksamkeit der Frau aus der Stellung der deutschen Hausfrau erhalten. Wenn aber, unter dieser Modification der ideelle Antheil, die Quote der Frau an dem Gesammtvermögen, während der Ehe nicht hervortritt, und in Statuten, welche nur das unmittelbar practische darstellen, nicht erwähnt wird, so berechtigt das nicht, ihr Daseyn zu verneinen. Der ideelle Antheil der Frau ruhet bei der materiellen (innern) Gütergemeinschaft, wie die Species ihres Eingebrachten bei der

---

1) a. a. O. §. 15.

2) Deut. eheliches Güterrecht, (1841.) §. 58. 59.

formellen, unter der vormundschaftlichen Gewalt des Mannes, sie hat ein condominium quiescens, dessen Ausübung während der Ehe dem Manne zusteht, aber bei Auflösung der Ehe wieder auflebt; oder mit andern Worten: der Mann wird während der Ehe vom Staate als derjenige betrachtet, der unter gewissen Einschränkungen über das ganze materiell vereinigte Vermögen, auch über den darin enthaltenen ideellen Theil der Frau, zu disponiren hat, als wäre es sein. Von den Theilnehmern einer Rechtsgemeinschaft ist an sich keiner für die Schulden des andern verhaftet. Wie eine solche Verpflichtung aber auch nach römischem Rechte durch besondere Gründe, und in mehreren Fällen nach gesetzlicher Vorschrift, hinzutreten kann: so ist in unserm Verhältniß durch den Grundsatz der eigenthümlichen Gütergemeinschaft festgestellt, daß die Frau von dem in der Hand des Mannes materiell vereinigten Vermögen ihren Antheil erst nach Bezahlung aller Schulden erhalten kann, und in dieser Beziehung kann man die Gütergemeinschaft communio in solidum nennen". Es ist hierbei zu bemerken, daß Runde (§. 53. 60.) die Veräußerung der Immobilien, abgesehen vom Falle der Noth, nur mit Einwilligung der Frau gestattet.

Während nun nach den bisher referirten Ansichten die Gütergemeinschaft als Grundlage des ehelichen Güterrechts angenommen wird, ist in neuerer Zeit für drei der wichtigsten Stadtrechte, das hamburgische, bremische und lübische, in welchen man bisher die Gütergemeinschaft gefunden hatte, der Beweis versucht worden, daß dieselbe diesen Stadtrechten gänzlich fremd sei. Diese Ansichten, welche von einander wieder sehr abweichen, sind, da sie nicht blos auf partikulären Bestimmungen, sondern auch auf allgemeinen Gründen beruhen, hier gleichfalls in Betrachtung zu ziehen.

Nach dem hamburgischen Rechte wird das gesammte Vermögen beider Ehegatten zu einer Masse in der Art vereinigt, daß dem Manne eine solche Verfügung darüber zustehet, wie man sie als Kennzeichen der allgemeinen Gütergemeinschaft annimmt; das gesammte Vermögen haftet für alle Schulden des Mannes, welchem auch rücksichtlich der Immobilien das Veräußerungsrecht zustehet. Cropp [1]) (S. 481.) leugnet jedoch, daß hieraus auf eine zwischen den Ehegatten bestehende Gütergemeinschaft geschlossen werden könne; denn aus dieser allein könne es nie erklärt werden, warum der Mann das Recht habe, das Sammtgut einseitig mit Schulden zu belasten, und die Güter der Frau einseitig zu veräußern, während ihr die gleichen Befugnisse keineswegs zukämen. Man möge sich die Gütergemeinschaft als eine Gemeinschaft zu intellectuellen Theilen oder als ein Gesammteigenthum denken, so könne daraus immer nicht erklärt werden, wie der Mann, ungeachtet der Eingehung der Ehe, dieselben Befugnisse über sein Vermögen behalte, welche ihm vorher zugestanden, wie dagegen die Frau durch die Verheirathung die Rechte über ihr Vermögen verliere, und keine über das des Mannes gewinne, als daß sie in Bezug auf den ihr anvertrauten Haushalt Schulden machen dürfe. Daher hätten auch die Juristen, welche eine Gütergemeinschaft im hamburgischen Rechte gefunden, zugeben müssen, daß bei dieser der Mann das Haupt der Ehe sei, und daß ihm in dieser Eigenschaft die Verwaltung und Disposition über das beiderseitige Vermögen zustehe, und daß gerade hieraus seine vorzüglichen Rechte und die Beschränkungen der Befugnisse der Ehefrau abzuleiten seien. Cropp glaubt dagegen (S. 435.), daß die Rechte des Mannes einzig und allein in der ihm zustehenden

---

1) Heise u. Cropp, jurist. Abh. Th. 2. S. 427—578. (1830.)

ehelichen Vormundschaft ihren Grund hätten, denn es komme nur darauf an, Befugnisse des Mannes über das Vermögen der Frau zu erklären, nicht aber gegenseitige Befugnisse der Eheleute. Diese Erklärung glaubt derselbe aus dem die Quelle des hamburgischen Rechtes ausmachenden sächsischen Rechte geben zu können, welches, obwohl nach dessen Grundsätzen keine Gütergemeinschaft der Substanz nach unter den Eheleuten Statt finde, dem Manne eine gleiche Befugniß beilege, wie sie ihm das hamburgische Recht gewähre. Die Idee des germanischen Rechtes, daß Mann und Frau nur einen Haushalt haben, und von ihrem beiderseitigen Vermögen gemeinschaftlich leben sollen, welches während der Ehe unter eine Verwaltung, die des Mannes, gestellt sei, lasse sich realisiren, ohne daß deshalb die Güter der Ehegatten dem Eigenthume nach gemeinschaftlich zu werden brauchten; aber wenn sie auch gemeinschaftlich würden, so bedürfe es doch noch einer Uebertragung der Verwaltung des Ganzen an den Ehemann, damit die Einheit der Verwaltung erreicht werde. Es sei daher in diesem Punkte das nähere Verhältniß, worin die Ehegatten hinsichtlich des Eigenthums ihrer Güter zu einander ständen, völlig gleichgültig, und es komme blos darauf an, wie sich das Recht des Mannes zu dem ihm zugebrachten Vermögen der Frau juristisch gestalte. Dieses Recht bestehe nun aber seiner juristischen Form nach darin, daß der Ehemann das Vermögen der Frau, wie sie selbst, unter seine Vormundschaft, oder, was damit gleichbedeutend sei, daß er ihre Güter in seine Gewere aufnehme. Es zeige sich dieses vornehmlich darin, (S. 486. ff.) was die ältern Statute auch schon andeuteten, die Praxis aber fest befolge, daß der Ehemann nur diejenigen Güter der Frau mit Schulden belasten könne, welche von derselben in die Ehe wirklich eingebracht worden, nicht aber

auch diejenigen, welche, obwohl sie dem Eigenthume nach der Frau schon angefallen seien, sich noch in der Verwaltung und dem Genusse eines Dritten, namentlich des überlebenden Ascendenten, befänden, welcher mit seinen Kindern noch nicht abgetheilt habe. Daß der Mann den Grundsätzen des ältern sächsischen und hamburgischen Rechtes entgegen die *Liegenschaften* der Frau nach dem spätern hamburgischen Rechte ohne deren Einwilligung veräußern könne, sei nur eine *Erweiterung seiner vormundschaftlichen Rechte*. Mehrere Bestimmungen des hamburgischen Rechtes, die sich allerdings aus der ehelichen Vormundschaft hinreichend erklären lassen, können hier übergangen werden. *Cropp* gelangt (S. 508. ff.) zu dem Resultate, daß die eheliche Gütergemeinschaft eine äußere, blos die Verwaltung umfassende sei, daß aber während der Ehe weder das Eigenthum der von den Eheleuten in die Ehe gebrachten oder ihnen während derselben angefallenen Güter, noch auch der eheliche Erwerb zwischen ihnen gemeinschaftlich werde; daß vielmehr *die Illaten das besondere Eigenthum des Ehegatten, der sie eingebracht, verblieben, die eheliche Errungenschaft dagegen ausschließlich dem Manne gehöre*. Dieser Ansicht stehe nicht entgegen (S. 534.), daß in mehreren Stellen der hamburgischen Statute von „samenden Gütern" oder von einem „Sammetgute" bei der Theilung die Rede sei, denn es beziehe sich dieses zunächst darauf, daß das gesammte unter der Verwaltung des Mannes bisher vereinigte Vermögen für die Schulden hafte, und sodann darauf, daß bei der Theilung alle vorhandenen Güter als eine Masse, ohne Ausscheidung der Illaten, behandelt werden sollen, wovon sich aber auf eine Verschmelzung derselben Art *während* bestehender Ehe nicht zurückschließen lasse.

Es ist sehr bemerkenswerth, daß Donandt[1]) ganz gleichzeitig rücksichtlich des Güterrechts der Ehegatten nach bremischem Rechte zu demselben Resultate gelangt ist. Derselbe bemerkt (S. 112.), daß sich unsere Altvordern weder eine Societas, noch ein condominium in solidum, noch auch eine mystische Person als Grundlage des ehelichen Güterverhältnisses gedacht hätten; es sei vielmehr das ganze Vermögen, möge es sogleich in die Ehe gebracht, oder erst später erworben sein, unter dem Mundium des Mannes zu einer Masse vereinigt worden. Nach den hierdurch dem Manne beigelegten Befugnissen könne die Ansicht begründet erscheinen, daß man sich den Mann bei beerbter Ehe als den alleinigen Eigenthümer des Vermögens gedacht habe, welcher nur bei Alienationen von Erbgütern, letztwilligen Verfügungen und Schenkungen unter Lebenden beschränkt gewesen sei; für ihre verlorenen Eigenthumsrechte sei die Frau entschädigt worden durch das ihr am Gesammtgute zustehende Erbrecht. Donandt (S. 120. ff.) glaubt jedoch, daß dieser, sich durch ihre Einfachheit empfehlenden Ansicht zuvörderst eben ihre Einfachheit im Wege stehe; denn es sei schwer zu erklären, wie eine so einfache Grundidee, die sich doch in ganz unzweideutigen Wirkungen im Leben werde ausgesprochen haben, später einer viel künstlichern habe weichen müssen, auf welche die gelehrten Juristen doch nicht allein durch leere Fictionen geführt worden seien. Ferner widerspreche jener Ansicht die Bestimmung des dritten Statuts der Sammlung v. J. 1303, wornach der Mann die mit Hinterlassung von Kindern versterbende Frau beerben soll; er könne daher schon während der Ehe nicht Eigenthümer des Ganzen gewesen sein. Donandt nimmt daher an, daß die Frau auch wäh-

---

1) Versuch einer Geschichte des brem. Stadtrechts. Th. 2. (1830.)

rend der Ehe Eigenthümerin ihrer eingebrachten Liegenschaften verbleibe, gibt aber zu, daß dieser Grundsatz wohl nur höchst selten von praktischer Bedeutung gewesen sei, und erkennt auch den darin liegenden Widerspruch an, daß, ungeachtet des während der Ehe als fortdauernd angenommenen Eigenthumes der Frau an ihren unbeweglichen Illaten, nach dem obigen Statut das Sammtgut doch als des Mannes Nachlaß behandelt werde, von dem die Ehefrau neben den Kindern eine Quote erbe.

Endlich hat Sarauw [1]) die Frage, welche den Gegenstand dieser Untersuchung ausmacht, einer genauen Prüfung, zunächst aus dem Standpunkte des lübischen Rechtes, unterworfen. Es geht in Uebereinstimmung mit Cropp und Donandt davon aus (S. 149. ff.), daß das Mundium des Mannes die Vereinigung des Vermögens beider Ehegatten zu einer gemeinschaftlichen Masse in der Were des Mannes bewirkt habe. Nur in diesem Sinne sei es zu nehmen, wenn in den alten Statuten der „Gemeenschop" des „meenen Gudes" erwähnt werde. So lange der alte Familiennexus bestanden, habe der Ehemann die Immobilien der Frau nur mit ihrer und ihrer nächsten Angehörigen Einwilligung, oder im Falle der echten Noth, veräußern können; es sei aber diese Einschränkung eine Folge gewesen des durch die Ehe nicht aufgelöseten Familienbandes, nicht der Gemeinschaft. Ueber das dem Familiennexus nicht unterworfene Vermögen habe dagegen der Mann die freiste, vom Rechte des Eigenthümers sich nicht unterscheidende Disposition gehabt; „er war also (wie Sarauw sich ausdrückt,) das einzigste Rechtssubject und die Frau

1) Prüfung der bisherigen Ansichten von der ehelichen Gütergemeinschaft in den Herzogthümern Schleswig und Holstein, in Falck's neuem staatsb. Magazin B. 6. S. 122. ff. (1837.)

nicht das zweite". Einen Hauptgrund des Irrthums der Germanisten, die eine Gütergemeinschaft angenommen haben, findet Sarauw (S. 157.) darin, daß sie sich die in den Quellen vorkommenden Arten der Theilung des Vermögens der Ehegatten nach getrennter Ehe nur durch die Annahme eines Mit- oder Gesammteigenthums während derselben zu erklären gewußt, und also von einem veränderten Zustand auf einen frühern zurückgeschlossen hätten. Man habe hierbei aber nicht erwogen, daß die analoge Benutzung von Rechtsnormen nur bei Gleichheit des gesetzlichen Grundes und Aehnlichkeit der Fälle erlaubt sei; beides treffe hier aber nicht zu, da das Mundium des Mannes und der gemeinschaftliche der Frau vertraute Haushalt die Grundlage des altgermanischen Güterrechts während der Ehe gewesen sei [1]). Durch Trennung der Ehe hätten daher die Ursachen aufgehört, durch die zwar kein Condominium, keine Gleichstellung der Rechte der Ehegatten, aber doch eine Verschmelzung der beiderseitigen Güter zu einer Masse hervorgebracht worden sei. Die Rechte des Mannes, welche nach den Rechtsbüchern des Mittelalters das Mundium gewährt habe, seien in der Folge erweitert, nachdem der Handel dem baaren Gelde, dem Grundbesitze gegenüber, eine größere Bedeutung gegeben, und das alte Familienband lockerer geworden sei. Nach dem revidirten Statut (lib. I. tit. 5. §. 2. und 4.) komme das Gut in die Were des Mannes, fließe in das Seinige, mit dem es also während der Ehe ein Gesammtgut des Mannes bilde.

Eine mehr ins Einzelne gehende Angabe und Prüfung der von diesen Bearbeitern des Partikularrechts angeführten Gründe liegt nicht im Zwecke dieser Abhandlung, für welchen es genügt, die gänzlich verschiedenen Ansichten

1) Heise und Cropp, a. a. O. S. 437. ff.

jener Gelehrten ihren Grundzügen nach dem Leser zu vergegenwärtigen.

— Versuchen wir es, die Resultate der Untersuchungen zusammenzustellen, in denen die Juristen ihren Scharfsinn aufgeboten haben, für das deutsche Güterrecht der Ehegatten das leitende Princip aufzufinden, so unterscheiden wir am einfachsten zwei Hauptansichten, welche wieder mehrere Unterabtheilungen unter sich begreifen. Es stehen jedoch nicht nur jene Hauptansichten sich schnurstraks entgegen, sondern auch die Unterabtheilungen jeder einzelnen weichen in einem solchen Grade von einander ab, daß die Vereinigung derselben unter einem gemeinsamen Gesichtspunkte nur als Folge der Terminologie, aber nicht einer innern Verwandtschaft erscheint.

I. Die eine Ansicht stützt das Güterrecht der Eheleute auf die Gütergemeinschaft, deren Wesen aber sehr verschieden aufgefaßt wird, indem man

1) beiden Ehegatten an dem gemeinschaftlichen Vermögen ideelle Theile zugestehet, — Princip der Communion, — oder
2) jedem einzelnen Ehegatten ein Recht am ganzen Vermögen gibt, — Princip des Gesammteigenthums, — oder
3) den einzelnen Ehegatten gar kein Recht an dem gemeinschaftlichen Vermögen einräumt, sondern die durch ihre Vereinigung gebildete mystische Person als das einzige Rechtssubject hinstellt, — Princip der juristischen Person.

II. Die andere Ansicht erklärt das eheliche Güterrecht aus dem Mundium des Mannes und leugnet die Gütergemeinschaft, indem

1) das Eigenthum der unbeweglichen Illaten dem Ehe-

gatten, welcher sie eingebracht, verbleiben, die Errungenschaft aber dem Manne gehören soll, oder

2) das von beiden Ehegatten eingebrachte und erworbene Vermögen ausschließliches Eigenthum des Mannes wird, während der Frau in Bezug darauf nur ein Erbrecht zustehet.

§. 21.

Beitrag zur Prüfung dieser Ansichten.

Ungeachtet des Gegensatzes, in welchem diese Ansichten zu einander stehen, führet eine jede zu Resultaten, welche mit einzelnen Wirkungen übereinstimmen, die an das eheliche Güterrecht in den verschiedenen Statuten geknüpft sind; man übersah aber die Widersprüche, in welche eine consequente Durchführung des angenommenen Princips mit andern Wirkungen des ehelichen Güterrechts verwickelte. Die hauptsächlichsten Wirkungen desselben, sowohl während der Ehe als nach Auflösung derselben, sind in den zahllosen einzelnen Statuten genau verzeichnet, und an dieser bestimmten gesetzlichen Disposition wird nichts geändert, mag man dieser oder jener Ansicht huldigen. Daher erklärt es sich auch, daß das eheliche Güterrecht im Ganzen unverändert bleiben muß, ungeachtet der verschiedenen Grundlage, welche demselben nach jenen Theorieen unterbreitet worden ist. Die Statuten beschränken sich durchweg darauf, den Normen, welche sich durch Gewohnheitsrecht für das eheliche Güterverhältniß gebildet hatten, gesetzliche Sanction zu geben; und da die wichtigsten Wirkungen dadurch außer Zweifel gesetzt waren, so konnte für das Bedürfniß der practischen Anwendung die Frage ganz gleichgültig erscheinen, wer als Eigenthümer des Vermögens anzusehen sei. Die Wissenschaft dagegen, welche sich des leitenden Princips bewußt werden muß, konnte jene Frage nicht mit Still-

schweigen übergehen, und so bildeten sich die im vorhergehenden Paragraphen mitgetheilten Ansichten, welche mit Ausnahme eines Falles, welcher sich aber von vornherein als falsch ausweiset, alle Möglichkeiten erschöpfen; es ist nämlich nur noch der eine Fall denkbar, daß die Frau Eigenthümerin des ganzen Vermögens sei.

Die Thatsache, daß diese verschiedenen Ansichten zur Erklärung des ehelichen Güterrechts aufgestellt worden sind, bestätigt die wohl zu beachtende Erfahrung, daß die Rechtsverhältnisse sich nicht ausbilden, um einer logischen Regel zu genügen; es wird daher nimmer gelingen, die mannigfaltigen Wirkungen, welche an das eheliche Güterverhältniß unter dem Einflusse der verschiedenartigsten localen Einwirkungen geknüpft sind, aus einem einzigen Grundsatze sammt und sonders zu erklären. Wir müssen uns begnügen, einen Grundsatz aufzufinden, aus welchem die hauptsächlichsten Wirkungen des ehelichen Güterrechts auf eine ungezwungene Weise sich ableiten lassen. Da nun durch die bisher aufgestellten Ansichten alle vernünftiger Weise möglichen Erklärungen erschöpft sind, so kommt es nur darauf an, für die eine oder andere den Beweis zu liefern, daß sie zu jenem Zwecke am brauchbarsten sei.

Es ist wahr, daß die Formen, welche das eheliche Güterrecht in den Partikularrechten und Statuten angenommen hat, in einer Mannigfaltigkeit hervortraten, wie sie kein anderes Institut des deutschen Rechtes, vielleicht mit einziger Ausnahme des Rechts der Bauerngüter, aufzuweisen hat. Hierdurch wird aber das Bedürfniß eines leitenden Grundgedankens um so fühlbarer; denn wenn gleich bei Entscheidung der hier vorkommenden Fragen die Gesetzgebung und Praxis des einzelnen Landes und Ortes die nächste Entscheidungsquelle sein muß, sieht sich der Jurist doch oft genug in die Nothwendigkeit gesetzt, zur Theorie des gemeinen Rechts

seine Zuflucht zu nehmen, weil ihn die partikularen Entscheidungsquellen ganz rathlos lassen.

Wenden wir uns nun zu einer Prüfung der einzelnen Ansichten, so ist man jetzt darüber einig, daß ein Gesammteigenthum, als dominium plurium in solidum aufgefaßt, als Grundlage des ehelichen Güterrechts nicht angesehen werden kann[1]). Die von Scherer (Th. 1. §. 47. ff.) zum Beweise seiner Ansicht aus vielen Stadt- und Landrechten mitgetheilten Auszüge kennen ein solches Gesammteigenthum nicht, sondern enthalten in mannigfach verschiedener Ausdrucksweise nur den Satz, daß das Vermögen beider Ehegatten zu einer gemeinschaftlichen Masse vereinigt werde. Durch einzelne aus dem Zusammenhange gerissene Stellen ist begreiflich nichts zu erweisen[2]). So führt Scherer das hohenloische Landrecht (1737.) Th. 1. Tit. 4. §. 1. an; es werden hiernach alle Güter „zwischen beiden Eheleuten gemein, also daß ihrer Beeder ein Guth ist". Im folgenden Paragraphen wird aber hinzugefügt: „Jedoch ist diese Gemeinschaft der Güther nicht zu gleichen Theilen zu verstehen, sondern der Ehe-Mann sitzt darinnen, nach dem alten Herkommen in der Grafschafft zu zwey Dritteln, die Ehe-Frau aber zu einem Drittel"; wodurch sich also das angebliche Gesammteigenthum in ein Miteigenthum zu ideellen Theilen auflöset. Freilich scheint der §. 8. der lippe-detmoldschen Verordnung wegen der Gütergemeinschaft unter Eheleuten v. J. 1786[3]): „So

1) Dagegen scheint Beseler, Erbverträge, Th. 1. S. 85. und Note 37. ein Gesammteigenthum in dem von ihm entwickelten Sinne (s. oben S. 13. ff.) anzunehmen, auf welche Ansicht jedoch, da sie nicht weiter ausgeführt ist, hier nicht näher eingegangen werden kann.

2) Eichhorn, Rechtsgesch. §. 370. Note m.

3) Auch abgedr. hinter Runde's ehel. Güterrecht.

viel nun die Wirkungen der Gütergemeinschaft in stehender Ehe betrifft; so erhalten beide Eheleute dadurch ein gemeinschaftliches ungetheiltes Eigenthum über die ganze Vermögens Substanz", von einem solidarischen Eigenthume beider Ehegatten verstanden werden zu müssen[1]), zumal da die Verfügung von Todes wegen nur durch ein wechselseitig errichtetes Testament gestattet wird. Allein andere Bestimmungen weisen auf ein Miteigenthum zu ideellen Theilen hin; dahin gehört namentlich die des §. 14., wonach der eine Ehegatte, wenn der andere eine Geldstrafe verwirkt hat, welche die Hälfte des Vermögens übersteigt, die Trennung der Gemeinschaft verlangen kann, um hierdurch „seine Hälfte" zu retten, wodurch auch schon während der Ehe ein Anspruch desselben auf die Hälfte anerkannt wird. Ferner setzt nach §. 16. der überlebende Ehegatte die Gemeinschaft mit den Kindern fort, „auf die alsdann das dem Verstorbenen am Gemeinschaftsgut zugestandene ungetheilte Miteigenthum fällt, und die mithin an dessen Stelle treten". Bei der fortgesetzten Gütergemeinschaft soll also dasselbe ungetheilte Miteigenthum, wie es während der Ehe in Bezug auf den jetzt verstorbenen Ehegatten vorhanden war, rücksichtlich der Kinder fortdauern; daß aber diese fortgesetzte Gütergemeinschaft für den überlebenden Ehegatten und die Kinder eine Gemeinschaft zur Hälfte ist, wird in §. 20. klar ausgesprochen.

Dagegen ist es sehr bemerkenswerth, daß dieses dominium in solidum, welches früher nach dem bambergischen Gewohnheitsrechte angenommen wurde[2]), in dem neuen Landrechte vom J. 1769. verschwunden ist:

---

1) Mittermaier, deut. P. R. §. 399. Note 4a. Maurenbrecher, deut. P. R. §. 487. Note z. Eichhorn, deut. P. R. §. 300. Note d.

2) Extract bambergischen Hofgerichts v. 10. Sept. 1748., einge-

Th. 1. Cap. 2. Tit. 1. §. 1:
Diese Gütter=Gemeinschaft bestehet alsdann unter denen Ehe=Leuten, wenn sie ihr Vermögen ganz, oder zum Theil dergestalten mit einander vermischen und vereinigen, daß es ihnen von nun an beederseits mit denen nemlichen Eigenthums=Rechten und Beschwerden zustehet, und sie dahero in Ansehung desselben ordentlicher Weis für eine Person zu betrachten seynd [1]).

---

reicht in einem beim Reichskammergericht anhängigen Processe, (v. Cramer, wetzl. Nebenst. Th. 38. S. 124.) „— Und erstlich hat es zwar in den hochfürstlich Bambergischen Landen darmit seine gute Richtigkeit, daß, wann unter denen Eheleuthen einmahl ein vermischtes und versammletes Haab und Gut, entweder sogleich bei Beschreitung des Ehebetts durch eine ordentliche Ehe=Verabredung ausdrücklich, oder aber auch ohne derselben nach Verfliessung Jahr und Tags stillschweigend eingeführt ist, weder der eine noch der andere Ehegatt währender Ehe von dem gemeinschaftlichen Vermögen durch letztere Willens=Verordnung mehr etwas zu verschaffen Fug und Macht habe, **vid. Libellus Consuetud. Principat. Bamberg. quem exhibet** ***Ludewig*** **in Scriptoribus rerum Episcop. Bamberg. Tit. de commun. bonor. quaest. 4. p. 962.** Dahingegen für das zweyte, eben so gewiß und ein *Effectus communionis bonorum* ist, daß diejenigen Ehegatten, so ein vermischtes Haab und Gut gemacht haben, hierdurch ein gemeinsames *dominium in solidum* von allem, sowohl gegenwärtigen als auch künftigen Vermögen dergestalt erlangen, daß auf tödtliches Hinscheiden eines aus beyden, der überlebende Ehegatt, wenn auch schon Kinder vorhanden seyn, von allem eigenthümlichen Vermögen das alleinige **Dominium in solidum** überkomme, und **salva liberorum legitima** darüber zu disponiren allerdings befugt seye“. (S. oben S. 5. f.).

1) Hiernach, so wie nach dem von Pfeiffer (prakt. Ausf. Th. 1. N. 8. und 9.) Gesagten und dem von Beck und Lauteren (das Landrecht der Graffschaft Erbach, S. 207. f.) mitgetheilten Erkenntnisse der Justiz Canzlei v. J. 1823. ist die Behauptung Mau=

Auch die hassesche Ansicht ist zur Erklärung des ehelichen Güterrechts nicht geeignet. Zwischen der durch die beiden Ehegatten angeblich gebildeten juristischen Person und jeder andern ist der wesentliche Unterschied, daß bei jener das ganze Rechtsverhältniß durch das Bestehen der Ehe bedingt ist, während doch in der Regel die juristische Person ein von dem Leben der jeweiligen Mitglieder unabhängiges Dasein hat, und die abgehenden durch neu eintretende ersetzt werden. Diese Verschiedenheit hat die nothwendige Folge, daß man bei der Anwendung der aus dem Begriffe der juristischen Person abzuleitenden Consequenzen auf das eheliche Güterrecht zu Absurditäten gelangt, z. B. zu dem Satze, daß, bei der Unzulänglichkeit des gemeinschaftlichen Vermögens, keiner der beiden Ehegatten für die gemachten Schulden persönlich zu haften habe, und zu dem weitern Satze, daß, da eine mystische Person keine Blutsverwandten haben könne, das gemeine Vermögen nach dem Tode beider Ehegatten als erbloses Gut dem Fiskus zufallen müsse, wenn jene nicht letztwillig darüber verfügt, oder Gesetz oder Gewohnheit andere Personen zu dem Nachlasse der juristischen Person gerufen hätten [1]). Namentlich beruhet die Ansicht Hasse's, daß die Individuen der Ehegatten für die gemachten Schulden nicht haften, auf einem argen Miß=

---

renbrecher's (deut. P. R. §. 486. Note 4.) zu berichtigen, daß die hassesche Theorie weder von einer Gesetzgebung noch von einem Gerichtshofe bis jetzt irgend geltend gemacht sei. In einem bei Pfeiffer (a. a. O. S. 89. f.) abgedruckten Urtheile des Ober=Appell. Gerichtes v. J. 1822. heißt es namentlich: „In Erwägung, daß es die rechtliche Natur einer jeden Gütergemeinschaft mit sich bringt, daß die dazu gehörigen Gegenstände nicht jedem einzelnen Ehegatten zu einem gewissen Antheile, vielmehr beiden zusammen, als einer moralischen Person, zustehen" u. s. w. Vergl. oben S. 200.

1) Hasse, Beytrag §. 41.

verständnisse. Die von demselben im Auszuge mitgetheilten Statuten, welche diesen Satz enthalten sollen, sagen weiter nichts, als daß vor der Theilung des Vermögens die Schulden bezahlt werden müssen, wodurch aber die Haftung desjenigen Ehegatten, welcher dieselben gemacht hat, nicht ausgeschlossen wird. Daher stehet das **beneficium abdicationis**, (Dachdingsauftragen,) wonach die Ehefrau nach dem Tode des Mannes auf die Vortheile der ehelichen Gütergemeinschaft verzichten kann, um ihr später zu erwerbendes Vermögen zu retten, auch nur der Ehefrau und zwar unter der Voraussetzung zu, daß sie nicht für ihre Person die Schulden übernommen hat[1]); der Ehemann haftet dagegen stets, wenn die Gütergemeinschaft durch den Tod der Frau aufgelöset worden, und das vorhandene Vermögen zur Bezahlung der Schulden nicht ausreicht, für dieselben auch mit seinem später erworbenen Vermögen. Wenn Pfeiffer[2]) jene von Hasse gezogenen Folgerungen deshalb nicht gelten lassen will, weil man die mystische Person, welche das Subject der Gemeinschaft ausmacht, als eine dritte, beiden Ehegatten gänzlich fremde, nicht ansehen könne, so zeigt gerade dieser Grund, daß man bei der ehelichen Gütergemeinschaft eine juristische Person nicht unterstellen kann, weil es zum Wesen dieser gehört, daß die einzelnen Personen, welche das Substrat derselben ausmachen, die berechtigten Subjecte nicht sind[3]).

---

1) Coutum. de la ville de *Calais* v. J. 1583. art. 37. (Nouveau coutumier gener. t. 1. p. 4.) Cout. de *Paris* v. J. 1510. art. 115. (t. 3. p. 9.), v. J. 1580. art. 237. (t. 3. p. 46.) Fürstl. lippe-detmold. Verord. v. J. 1786. §. 15. Mittermaier, deut. P. R. §. 402. Pauli, Abhandl. Th. 2. S. 227. ff. Runde, Güterrecht. §. 66.

2) a. a. O. 1. S. 93.

3) Runde, a. a. O. §. 66.

Für das ältere Recht wird jetzt ganz allgemein das Mundium des Ehemannes als die Grundlage des ehelichen Güterrechts anerkannt; man sieht aber in der That nicht ein, wie diese Grundlage für das heutige Recht noch festgehalten werden kann, da dasselbe die eheliche Vormundschaft als ein gemeinrechtliches Institut nicht mehr kennt. Die Behauptung Eichhorn's [1]), daß die gesetzliche Vormundschaft des Mannes über die Frau nicht nur allenthalben da vorkomme, wo auch unverheirathete Weiber der Vormundschaft unterworfen seien, sondern selbst ohne diese als eine Wirkung der besondern ehelichen Güterverhältnisse, kehrt das ganze Verhältniß gerade um, denn in dem ältern Rechte erscheint das Güterverhältniß als eine Wirkung der ehelichen Vormundschaft. Aber auch in denjenigen Partikularrechten, in welchen die eheliche Vormundschaft noch wirklich bestehet, kann das Güterrecht der Ehegatten in seiner jetzigen Gestalt aus derselben nicht genügend erklärt werden.

Die Bedeutung der Vormundschaft überhaupt, also auch der ehelichen, beruhete nach dem ältern Rechte auf dem Grundsatze, daß diejenigen Personen, welche die Waffen nicht führen konnten, auch zur Vornahme gerichtlicher Handlungen nicht fähig waren, und daher nothwendig unter dem Schutze (Mundium) eines Andern stehen mußten [2]). Es läßt sich daher annehmen, daß die in der Vormundschaft enthaltenen Rechte am umfassendsten waren zu der Zeit, in welcher jener Grundsatz in seiner vollen Strenge befolgt wurde. Als später die Waffenfähigkeit nicht mehr als die Bedingung der Fähigkeit, vor Gericht aufzutreten, angesehen wurde, mußte die Vormundschaft in dieser Be-

---

1) Deut. P. R. §. 325.

2) Kraut, Vormundschaft Th. 1. §. 2. und 3.

ziehung ihre Bedeutung verlieren. Wenn nun aber bis zur Einführung des römischen Rechtes die eheliche Vormundschaft nichts desto weniger bestehen blieb, weil die Idee, daß gewisse Personen eines Vormundes bedurften, andere nicht, mit der Gerichtsverfassung so durchaus verschmolzen war, daß man diese Ansicht auch später nicht aufgab, als der ursprüngliche Grund derselben schon längst weggefallen war [1]), so ist es doch ganz unerklärlich, wie ein Institut, welches nunmehr nur noch eine formelle Bedeutung hatte, seinem Inhalte nach sich weiter so bedeutend erweitern konnte, wie dieses bei der ehelichen Vormundschaft der Fall gewesen sein soll. Es scheint widersprechend, das dem Ehemanne über das Vermögen der Frau in den spätern Statuten beigelegte unbeschränkte Verfügungsrecht für eine Erweiterung der Mundialrechte auszugeben [2]), während zu der Zeit, wo das Mundium noch eine reale Bedeutung hatte, ein solches Recht darin nicht enthalten war.

Dieses Recht des Mannes läßt sich aber vollends nicht erklären, wenn das Verhältniß der Ehegatten zu ihrem Vermögen als eine Communio aufgefaßt wird (S. 200. ff.); denn in der dem Manne zustehenden Dispositionsbefugniß überschreitet das Recht eines Gemeiners seine natürliche Grenze, und nimmt den Charakter der Befugnisse des Eigenthümers an.

§. 22.

Alleineigenthum des Mannes am Gesammtgute und eventuelles Recht der Frau.

Von den verschiedenen Ansichten, welche zur Erklärung

1) Kraut, a. a. O. §. 11.

2) Heise und Cropp, a. a. O. S. 487. Donandt, a. a. O. Th. 2. S. 115. ff. S. oben S. 205. und 208.

des deutschen ehelichen Güterrechts aufgestellt sind, scheint die von Sarauw vertheidigte, wonach das eingebrachte und während der Ehe erworbene Vermögen als Eigenthum[1]) des Mannes angesehen wird, dem ganzen Verhältnisse am angemessensten zu sein; eine Ansicht, welche in der französischen Jurisprudenz schon längst die herrschende geworden ist.

In dem französischen Gewohnheitsrechte hatte sich das eheliche Güterrecht ähnlich wie in Deutschland ausgebildet, und erscheint in den später aufgezeichneten Coutumes (so wie auch im code Nap. art. 1401.) als partikuläre Gütergemeinschaft in der Weise, daß dieselbe das eingebrachte bewegliche und das während der Ehe erworbene bewegliche und unbewegliche Vermögen begreift. Von den ältern Juristen wurde das Verhältniß als eine Societät aufgefaßt[2]). Dieses ist auch noch Dumoulin's Ansicht, in welcher aber auch die Keime der später zur herrschenden gewordenen enthalten sind: „— licet constante matrimonio maritus sit solus actu dominus, propter authoritatem administrationis et alienandi potestatem: non tamen absolute solus dominus est, sed ad onus communionis spectantis ad uxorem —. Et quamvis — ista communio pendente matrimonio non sit in actu, sed in credito et in habitu: tamen soluto matrimonio exit in actum et actualem dominii et possessionis communionem. Imo et constante matrimonio potest ille habitus ipso jure exire in actum, puta si marito male versante aut ex alia causa bonorum separatio fiat. Et sic etiam constante

---

1) Eigenthum im weitern Sinne, in welchem es die verschiedenen Rechte, aus denen ein Vermögen zusammengesetzt sein kann, umfaßt.

2) *Pyrrhi Anglebermei* comm. ad consuet. Aurel. tit. 9. *Joan. Sainsonii* comm. ad consuet. Turon. tit. 22.

matrimonio et nulla communionis separatione facta, censetur uxor esse communis in hujusmodi bonis in habitu et concurrere cum viro in dominio habituali, non actuali" [1]). Man sieht, wie sorgfältig sich Dumoulin vor dem dominium in solidum gehütet hat; das dem Manne beigelegte dominium actuale soll dessen Verwaltungs- und Veräußerungsbefugniß, das dominium habituale der Frau ihren Anspruch auf die Hälfte des Vermögens nach Auflösung der Ehe erklären. Diese beiden Arten des Eigenthums verhalten sich also zu einander auf eine ähnliche Weise, wie das dominium civile, welches dem Ehemanne und das dominium naturale, welches der Frau an der Mitgift wegen l. 30. C. de jure dotium (5. 12.) beigelegt wird. In der neueren französischen Jurisprudenz wird dagegen dem Manne ausschließlich das Eigenthum zugeschrieben. Ich beschränke mich hier darauf, aus Pothier [2]) einige Stellen mitzutheilen: (T. 1. §. 1.) "la communauté entre conjoints par mariage est une espèce de société de biens qu'un homme et une femme contractent l'orsqu'ils se marient. (§. 3.) Cette communauté — est exorbitante des sociétés ordinaires: dans celle-ci, chaque associé à un droit égal: au contraire, dans la communauté des conjoints, la puissance que le mari a sur la personne et les biens de sa femme, le rend chef de cette communauté et lui donne en cette qualité le droit de

---

1) Ad consuet. Paris. §. 35. gl. 1. Vergl. *Christinaei* — Mechlinensis in leges municipales ejusdem civitatis ac provinciae comm. tit. 9. art. 2. *Pet. Peckius*, tract. de testam. conjug. lib. 2. n. 2. *Heeser*, loci communes juris practici de bonor. conjug. communione p. 1. loc. 8. n. 14. und für Spanien *Covarruvias*, var. resolut. lib. 3. c. 19. n. 1. und 2.

2) Traité de la communauté des biens entre conjoints.

disposer à son gré à tel titre que bon lui semble, même de donation entre-vifs, de toutes les choses qui la composent, tant pour la part de sa femme que pour la sienne, sans le consentement de sa femme, laquelle, de son coté, n'a pas droit de disposer de rien. C'est pour cette raison, que le mari est reputé, pendant que la communauté dure, comme étant en quelque façon *seul seigneur et maître absolu des biens dont elle est composée*, et que le droit qu'y a la femme n'est regardé, pendant que la communauté dure, que comme *un droit informe, qui se reduit au droit de partager un jour les biens qui se trouveront la composer lors de* sa dissolution. C'est ce qui a fait dire a *Dumoulin* que cette communauté était magis in habitu quam in actu, et que la femme durant le mariage non est proprie socia sed speratur fore. *Molin.* sur l'art. 109. de l'ancienne cout. de Paris. (T. 2. §. 458.) Le droit du mari sur les biens de la communauté est renfermé dans les deux axiomes suivans. Premier axiome. Le mari, comme chef de la communauté est reputé *seul seigneur des biens de la communauté tant qu'elle dure*, et il en peut disposer a son gré, sans le consentement de sa femme« etc. Dem Manne wird hiernach deshalb das Eigenthum zugeschrieben, weil ihm während der Ehe alle Rechte des Eigenthümers zustehen, das Recht der Frau dagegen erscheint als ein blos eventuelles; und nur hierauf ist es zu beziehen, wenn Pothier dieses Verhältniß der Ehegatten zu dem Vermögen eine *espèce de société* nennt.

Wie sind aber die französischen Juristen zu dieser Ansicht gekommen? Die Coutumes geben in Uebereinstimmung mit dem ältern deutschen Rechte dem Manne die Vormundschaft über die Frau, und leiten hieraus sein Verwaltungsrecht im Allgemeinen ab, ohne jedoch dadurch

auch dessen Umfang und die Veräußerungsbefugniß erklären zu wollen [1]; dieses wird vielmehr als eine das Gebiet des Mundiums überschreitende Befugniß angesehen, weshalb denn auch nach einzelnen Gewohnheitsrechten der Ehemann, ungeachtet der ihm zustehenden Vormundschaft nur die Mobilien veräußern darf [2]. Während nun die bei weitem meisten Coutumes, wie dieses auch in den deutschen Statuten der Fall ist, die dem Manne zustehenden Rechte angeben, ohne die Grundlage derselben zu erwähnen, so werden dieselben doch in einzelnen Gewohnheitsrechten auf eine solche geradezu zurückgeführt, nämlich auf das Eigenthum, und nicht auf das Mundium. Hierher gehört das alte pariser Gewohnheitsrecht v. J. 1510 [3]:

Item, *le mary est seigneur* des meubles et conquest immeubles par luy faicts durant et constant le mariage de luy et de sa femme, en telle maniere, qu'il les peut vendre, aliener ou hypothequer et en faire et disposer par disposition faite entre vifs, a son plaisir et volonté, sans le consentement de sadite femme a personne capable et sans fraude [4].

---

1) Cout. de la ville de *Nieuport* rubr. 18. art. 3. (Nouv. coutumier général t. 1. p. 745.) „Le mariage constant la femme est dans la puissance du mary, de sorte que le mary a l'administration et le gouvernement de tous ses biens". Cout. de la ville et chastelanie de *Bergh St. Winox*, rub. 17. art. 20. (I. p. 527.) C. de la ville et chast. de *Furne*, tit. 4. art. 5. (1. 638.) C. de *Cassel*, art. 264. (1. 716.) C. de *Gand*, rub. 20. art. 2. (1. 1007.) C. de *Courtray*, rub. 12. art. 4. (1. 1037.).

2) C. de *Nieuport*, rub. 18. art. 7.

3) Chap. 10. art. 107. (3. 8.)

4) Vergl. das neue pariser Gewohnheitsrecht v. J. 1580. art. 225. (3. 46.) C. d' *Estampes*, v. J. 1556. art. 94. (3. 100.) und die mit den letztern gleichzeitigen cout. de *Dourdan*, art. 81. (3. 128.),

Die Bezeichnung des Mannes als Seigneur [1]) aller Mobilien und der errungenen Immobilien ist nicht für einen unjuristischen, nur die ihm zustehende Dispositionsbefugniß bezeichnenden Ausdruck zu halten, sondern muß von dem ihm an jener Gütermasse zustehenden ausschließlichen Eigenthume verstanden werden. Es ergibt sich dieses aus den cout. de *Dourdan,* in welchen es in dem Art. 81, welcher mit dem angeführten Art. 107. der cout. de *Paris* ganz gleichlautend ist, nach den Worten sans fraude heißt: Toutesfois si c'etoit heritage donné à sadite femme pour *lui estre propre* n'en pourroit disposer, so wie auch daraus, daß das von der Gemeinschaft ausgenommene Vermögen der Frau demjenigen entgegengesetzt wird, dessen Seigneur der Mann ist. So lautet der auf den eben abgedruckten folgende Art. 108. des alten pariser Gewohnheitsrechtes: Item le mary ne peut vendre, faire partage, ou licitation, charger obliger n'hypothequer le *propre heritage* de sa femme, sans le consentement de sadite femme; welche Bestimmung sich gleichmäßig in den Note 4. angeführten Coutumes findet. Ferner:

Coutumes de *Chautmont* (1509.) art. 73. (Nouveau cout. génér. t. 3. p. 357.):

Le mary a l'administration et gouvernement des meubles et conquest immeubles et des fruits des *propres heritages* et du *douaire* de sadite femme; et en peut disposer durant et constant leur mariage, sans le consentement de sadite femme: mais de la

---

Montfort, art. 124. (3. 149.), *Mante et Meullant,* art. 122. (3. 191.), Cout. de *Calais,* v. J. 1583. ch. 3. art. 27. (1. 3.).

1) In den cout. de *Bouchaute,* rub. 17. art. 13. (1. 793) heißt es: Comme durant le mariage le mary est le *maistre* etc.

proprieté des heritages propres et douaire de sadite femme ne peut disposer sans son consentement, et compete et appartient au mary la poursuyte des actions, dependans des heritages propres de sadite femme.

Diesem Eigenthume des Mannes gegenüber ist das Recht der Frau nur ein eventuelles, welches erst mit der Trennung der Ehe in Wirksamkeit tritt. Nur hiervon, nicht von einem gleichen Rechte beider Ehegatten, ist der in den Coutumes stets wiederkehrende Satz zu verstehen: Homme et femme conjoints ensemble par mariage sont au jour des epousailles et benediction nuptiale *communs en tous biens* meubles, dettes personelles et mobiliaires actives et passives, contractées durant ledit mariage et auparavant iceluy et en conquêts immeubles par eux faits durant et constant ledit mariage [1]). In diesem Sinne bestimmen z. B. die cout. de *Meleun* v. J. 1560 [2]); daß der Mann als Seigneur des gemeinschaftlichen Vermögens das freiste Verfügungsrecht habe, aber auf den Todesfall nur über seine Hälfte disponiren könne:

> Toutesfois, pendant le mariage le mary est seigneur des meubles, acquest et conquest immeubles faits par luy et sa femme conjoinctement, ou par l'un d'eux, durant et constant ledit mariage: et les peut vendre, aliener et hypothequer, en faire et disposer entre-vifs à son plaisir et volonté, sans le consentement de sadite femme, sans fraude; mais n'en peut disposer par testament, sinon de sa moitié;

denn in dem Momente, wo das Testament in Wirksamkeit

---

1) Cout. de *Calais*, ch. 3. art. 23. (1. 3.). Vergl. die gleich anzuführenden cout. d' *Orleans*.

2) Ch. 13. art. 212. (4. 448.)

tritt, theilt sich das Vermögen nach Art. 211. zwischen dem Ueberlebenden und den Erben des Verstorbenen zu gleichen Theilen. Besonders scharf ist dieses ausgedrückt in den

Cout. d'*Orleans* v. J. 1509. ch. 9. art. 167. (3. 746.):
Homme et femme conjoints par mariage sont *uns et communs* en biens meubles — et ès conquests immeubles faits durant ledict mariage, en telle maniere, que *par le trespas* de l'un desdits conjoints lesdits meubles, debtes credits conquests *viennent à diviser et se divisent* entre le survivant, auquel en appartient et demeure la moitié et les herities du trespassé ausquels demeure et appartient l'autre moitié —.

Einzelnen französischen Gewohnheitsrechten ist aber auch diejenige Form des ehelichen Güterrechts bekannt, in welcher während der Ehe ideelle Theile unterschieden werden, das Verhältniß daher unter den Gesichtspunkt der Communion fällt. Hierher gehören z. B. die

cout. de *Bergh St. Winox*, rub. 17. art. 3. (1. 527.):
Le mary et la femme deviennent par le mariage communs en biens et ont droit *chacun en la moitié* des biens meubles l'un de l'autre — et pareillement en conquest immeubles faits durant le mariage;

dem Manne stehet hierbei nach Art. 24. und 25. nur rücksichtlich der Mobilien das Veräußerungsrecht zu. Obwohl die cout. de *Gand*[1]), und *d'Audenarde*[2]), eben so jeden Ehegatten als zur Hälfte berechtigt bezeichnen, so geben dieselben dennoch dem Ehemanne die Befugniß, das ganze gemeinschaftliche Vermögen ohne Einwilligung der Frau zu

---

1) Rub. 20. art. 3. (1. 1007.)
2) Rub. 16. art. 8. und 9. (1. 1086.)

veräußern [1]). Die Bestimmung ideeller Theile nöthigt freilich, eine Communion, und daher ein Miteigenthum der Frau schon während der Ehe anzuerkennen, ungeachtet des dem Manne beigelegten unbeschränkten Verfügungsrechtes; allein es ist wohl kaum zweifelhaft, daß die Annahme ideeller Theile während der Ehe hervorgegangen ist aus der irrigen Ansicht, daß eine Theilung des Vermögens, wie sie bei Auflösung der Ehe eintritt, schon während derselben vorhanden gewesen sei.

In den deutschen Statutarrechten findet freilich die Annahme, daß der Mann der alleinige Eigenthümer sei, keine ausdrückliche Bestätigung; dieses gilt aber auch gleichmäßig von allen andern Ansichten, welche über das Verhältniß der Ehegatten zu dem gemeinschaftlichen Vermögen geltend gemacht sind. Eben so wenig sind sie aber auch jener Ansicht entgegen. Die deutschen Partikularrechte reden zwar von einem gemeinen Vermögen beider Ehegatten; allein es ist dieser Ausdruck nicht von einem gleichen Rechte zu verstehen, welches beide an der Gütermasse haben, welche den Gegenstand des ehelichen Vermögens ausmacht, sondern, wie auch Cropp (oben S. 205.) und Sarauw (oben S. 207.) bemerkt, von der Vereinigung des beiderseitigen Vermögens zu einer gleichartigen Masse, in welcher ein separates Vermögen des Mannes und der Frau nicht mehr unterschieden wird. Bedenklicher ist Albrecht's [2]) Einwurf, daß die dem Ehemanne zustehende Gewere zu rechter Vormundschaft die Eigensgewere der Frau nicht völlig verschlungen, daß vielmehr dieses Recht der Frau neben jenem des Mannes fortgedauert habe, und nicht etwa

1) Cout. *de Gand*, rub. 20. art. 1., cout. *d'Audenarde*, rub. 16. art. 13.

2) Gewere, S. 257. ff.

erst nach Auflösung der Ehe wieder erwacht sei. Allein die über diesen Punkt gegebenen Nachweisungen beziehen sich sämmtlich auf das ältere Recht, während die volle Gewalt des Mannes über das gemeinschaftliche Vermögen sich erst in späterer Zeit entwickelt hat.

Dagegen scheint die Ansicht, daß der Mann der alleinige Eigenthümer des gemeinschaftlichen Vermögens sei, dem in Lübeck seit dem 13. Jahrhunderte vorkommenden Gebrauche zum Grunde zu liegen, daß die Grundstücke, welche die Ehefrau inferirte, oder die ihr während der Ehe zufielen, dem Manne als Mitgift gerichtlich aufgelassen, und auf dessen alleinigen Namen in das Stadtbuch eingetragen wurden[1]); was später auch in Hamburg geschah[2]). Diese Grundstücke werden in lübischen Urkunden öfters eigene des Mannes genannt, und als solche bezeichnet, die nach dessen Tode in unbeerbter Ehe an die Frau zurückfallen, zurückgeerbt werden[3]), was, wie auch Pauli zugibt, darauf hinzudeuten scheint, daß dem Ehemanne an diesen Grundstücken mehr Rechte zugestanden haben, als die bloße Ausübung des der Frau verbliebenen Eigenthums. Mit dem dem Manne beigelegten Eigenthume stehet auch nicht in Widerspruch die Bestimmung des Art. 7. des lübischen Rechtes vom J. 1240[4]), wonach derselbe die inferirten Grundstücke der Frau ohne ihre Einwilligung nur im Falle der echten Noth veräußern darf. Die Nothwendigkeit des Consenses der Frau erklärt sich nämlich daraus,

---

1) Pauli, Abhandl. 1. S. 76. 77; 2. S. 9. ff.

2) Klefecker, Samml. der hamb. Gesetze B. 4. S. 118., Heise und Cropp, a. a. O. 2. S. 474.

3) Pauli, a. a. O. 2. S. 14. f.

4) *de Westphalen*, monum. ined. 3. 640.

daß diese Grundstücke bei dem Tode des Mannes, in unbeerbter Ehe, an dieselbe zurückfielen; das ihr gegen eine ungültige Veräußerung zustehende Revocationsrecht ist daher nur das jedem nächsten Erben in einem solchen Falle gebührende Recht, von welchem auf das der Frau verbliebene Eigenthum nicht geschlossen werden kann.

Das Resultat ist also folgendes: So oft in den deutschen Partikularrechten eine Gemeinschaft der Güter unter den Ehegatten angeordnet, oder von ihnen vertragsmäßig festgesetzt ist, ohne daß ein gleiches und gegenwärtiges Recht beider durch Bestimmung ideeller Theile anerkannt wird, ist der Ehemann als alleiniger Eigenthümer des Gesammtgutes anzusehen. Sein Eigenthumsrecht zeigt sich in der Befugniß, das gemeinschaftliche Vermögen mit Schulden zu belasten. Diesem Rechte des Mannes gegenüber erscheint das der Frau nur als ein eventuelles, welches erst bei Auflösung der Ehe wirksam wird, und während der Ehe die Frau nur zur Auswirkung einer Prodigalitätserklärung berechtigt. Dagegen ist das Veräußerungsrecht, welches die Statute, wenigstens bei der allgemeinen Gütergemeinschaft, dem Ehemanne regelmäßig beilegen, keine nothwendige Folge seines Eigenthumes, weshalb die besonders bei der partikulären Gütergemeinschaft vorkommende Bestimmung, daß der Mann die Liegenschaften nur mit Einwilligung der Frau veräußern kann, mit seinem Eigenthumsrechte nicht im Widerspruche stehet. Wenn nun schon das römische Recht dem Ehemanne das Eigenthum der Dos zuschreibt, obgleich er die dazu gehörenden Liegenschaften nicht veräußern, und das Dotalvermögen überhaupt (bewegliches, wie unbewegliches) nicht einmal mit Schulden belasten kann, so kann das, auch bei der Gütergemeinschaft in Bezug auf die von der Frau inferirten Liegenschaften öfters vorkommende Veräußerungsverbot gegen das dem Manne zustehende

ausschließliche Eigenthum um so weniger[1]) geltend gemacht werden, als nach einer dem deutschen Rechte ganz geläufigen Ansicht, das Veräußerungsverbot nur als das wirksamste Mittel angesehen wird, zur Sicherung der einem Andern zustehenden eventuellen Eigenthumsrechte (S. 56.).

Die Frage, ob ein Ehegatte allein über das gemeinschaftliche Vermögen letztwillig verfügen könne, ist je nach dem verschiedenen Gesichtspunkte, aus welchem das Verhältniß der Ehegatten zu dem Gesammtgute aufgefaßt wird, bald bejaht, bald verneint worden. Diejenigen Juristen, welche das Gesammteigenthum zur Grundlage des ehelichen Güterrechts machen, müssen die Frage verneinen, weil sie jeden Ehegatten als Eigenthümer des Ganzen ansehen[2]). Zu demselben Resultate gelangen auch diejenigen, welche eine juristische Person unterstellen[3]); jedoch gibt Hasse[4]), um mit den

---

1) Pr. J. Quibus alienare licet vel non (2. 8.). Accidit aliquando, ut qui dominus sit, alienare non possit; et contra, qui dominus non sit, alienandae rei potestatem habeat. Nam dotale praedium maritus invita muliere per legem Juliam prohibetur alienare: quamvis ipsius sit, dotis causa ei datum.

2) *Iust. Veracius*, l. c. quaest. 4. An alterutri conjugum testari liceat? Neutiquam: cum enim alter conjugum quoque jus habet in bonis communibus, — hoc ei per testamentum alterius conjugis auferri non potest; quod usque adeo verum est, ut nec pro dimidia parte bonorum, aut saltem quoad ea bona, quae a volente testari proficiscuntur, testandi facultatem habeat, propter rationem condominii, quod alter conjugum vi constitutae communionis in alterius conjugis bonis habet: quo casu conjux testari volens videtur potius de alieno, quam de suo testari, quod permissum haud est.

3) Runde, Beiträge Th. 2. N. 9. §. 5. Hasse, Beytrag §. 49.

4) Im Rhein. Museum Jahrg. 3. H. 4, S. 493.

Bestimmungen der Statute nicht in Widerspruch zu kommen, jedem Ehegatten das Recht, über den bei dessen Tode den Intestaterben zufallenden Theil ein Testament zu errichten. „Freilich nach reiner Consequenz", sind seine Worte, „wird hier über eine aliena hereditas, nemlich über den Nachlaß der juristischen Person testirt, aber das muß hier des practischen Bedürfnisses wegen gestattet werden und auch eine strenge und nur nicht ganz ungeschmeidige Theorie legt sich das zurechte." Wozu nützt aber eine Theorie, die, um nicht absurd zu werden, bei ihren wichtigsten Consequenzen durchlöchert werden muß?

Dagegen wird nach dem zum Grunde gelegten Prinzip der Communion, da bereits während der Ehe ideelle Theile unterschieden werden, jedem Ehegatten das Recht eingeräumt, über denjenigen Theil, welcher nach seinem Tode den Intestaterben zufallen wird, zu testiren [1]); denn daß da, wo das Statut bei unbeerbter Ehe dem überlebenden Ehegatten das ganze Vermögen zuspricht, demselben durch eine letztwillige Verfügung des andern nichts entzogen werden kann, versteht sich von selbst [2]).

Die oben ausgeführte Ansicht, daß der Ehemann Alleineigenthümer des Gesammtgutes sei, stehet der Befugniß eines Ehegatten, über denjenigen Theil letztwillig zu verfügen, welcher seinen Intestaterben zufallen würde, nicht entgegen. Von dem Ehemanne kann dieses nach seinem Verhältnisse zu dem Vermögen nicht bezweifelt werden, weil er zur Zeit der Testamentserrichtung Eigenthümer des gan-

1) Maurenbrecher, deut. P. R. §. 493. Runde, Gütergemeinsch. §. 173.

2) Mittermaier in der Zeitschr. f. geschichtl. Rechtsw. Th. 2. S. 348.

zen Vermögens ist. Da aber mit seinem Tode der Anspruch der Frau auf einen Theil realisirt wird, so umfaßt das Testament nur denjenigen Theil, auf welchen derselben kein Recht zustehet. Die Frau hat freilich zur Zeit der Errichtung ihres Testaments nur erst ein eventuelles Recht, welches aber im Augenblicke ihres Todes in ein gegenwärtiges verwandelt wird [1]), indem es auf die Intestaterben übergehet; es ist aber in der That kein Rechtsgrund nachzuweisen, welcher die Frau hindern könnte, an die Stelle des Intestaterben einen Testamentserben zu setzen.

Die deutschen Statute erkennen nun auch in der Regel das Recht eines Ehegatten ein Testament zu errichten, ausdrücklich an [2]), und eben diese Bestimmung begegnet uns sehr oft in den französischen Gewohnheitsrechten [3]).

---

1) Mittermaier, deut. P. R. §. 401. III.

2) Die Gegner dieser Ansicht legen darauf freilich kein Gewicht. So sagt Eichhorn, deut. P. R. §. 308. Note q.: „die Statute haben aber hier manches Willkührliche, oder was zu der jetzt gangbaren Theorie nicht paßt."

3) **Cout. de *Calais* ch. 3. art. 27. et 89. (Nouv. coutumier general t. 1. p. 3. et 7.), Cout. de *Bergh St. Winox* rubr. 17. art. 26.** vergl. mit **rubr. 23. (1. p. 529.), Cout. de *Furne* tit. 4. art. 13. (1. p. 638.), Cout. de *Bouchaute* rubr. 17. art. 14. (1. p. 793), Cout. *d'Assenede* rubr. 13. art. 14. (1. p. 811.), Cout. de Bailleul rubr. 5. art. 9. (1. p. 961.), Leges municipales *Mechlinenses* tit. 9. art. 11. (1. p. 1217), Cout. de *Paris* art. 94. (3. p. 7.), Cout. *d'Orleans* chap. 9. §. 168. (3. p. 746.), Cout. de *Poitou* art. 245. (4. p. 799).**

Bayerische Staatsbibliothek MÜNCHEN

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

Druckfehler.

S. 22. Z. 4. v. oben statt wird. zu lesen wird".

S. 29. Z. 6. v. unten statt (§. 13.) (§. 12.).

S. 55. Z. 3. v. unten statt Vereins — Vereins.

S. 97. Z. 6. v. unten statt den — der.

S. 161. Z. 10. v. unten statt der Fall der gewesen zu lesen der Fall gewesen.

S. 143. Z. 10. v. oben hinter hande hinzuzufügen weys.

S. 222. Z. 2. v. oben statt dieses zu lesen diese.

BAYER.SCHWERSTBESCHÄDIGTE
ARBEITSFÜRSORGE E.V.
MÜNCHEN 23
LEOPOLDSTR.155 TEL.330707

BAYER.SCHWERSTBESCHÄDIGTE
ARBEITSFÜRSORGE E.V.
MÜNCHEN 23
LEOPOLDSTR.155 TEL.33070

BAYER.SCHWERSTBESCHÄDIGTE
ARBEITSFÜRSORGE E.V.
MÜNCHEN 23
LEOPOLDSTR.155 TEL.33070

BSB Bayerische StaatsBibliothek

MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Duncker, Ludwig

Das Gesammteigenthum

Marburg 1843

J.germ. 42 c
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10550936-9